

# La justificació

Carmen Tomás-Valiente Lanuza

PID\_00152362



Universitat Oberta  
de Catalunya

[www.uoc.edu](http://www.uoc.edu)



# Índex

<b>Introducció</b> .....	5
<b>Objectius</b> .....	6
<b>1. Qüestions generals sobre la justificació</b> .....	7
1.1. El significat de la justificació .....	7
1.2. Les causes de justificació al CP. Els efectes de la justificació .....	8
1.3. Els requisits objectius i subjectius de les causes de justificació ...	10
1.4. Les causes de justificació putatives. Remissió .....	12
1.5. L'examen d'acord amb el deure .....	13
<b>2. La legítima defensa</b> .....	14
2.1. Fonament .....	14
2.2. Els requisits de la legítima defensa. L'agressió il·legítima .....	14
2.2.1. Concepte d'agressió .....	15
2.2.2. L'actualitat de l'agressió .....	16
2.2.3. La il·legimitat de l'agressió .....	17
2.3. La necessitat de la defensa .....	18
2.4. La manca de provocació suficient .....	20
<b>3. L'estat de necessitat</b> .....	21
3.1. Fonament i naturalesa .....	21
3.2. La situació de necessitat .....	22
3.3. Requisits de l'estat de necessitat .....	23
3.3.1. Que el mal causat no sigui més important que el que s'intenta d'evitar .....	23
3.3.2. Que la situació de necessitat no hagi estat provocada de manera intencionada pel subjecte .....	25
3.3.3. Que el subjecte no tingui obligació de sacrificar-se per raó del seu ofici o càrrec .....	26
<b>4. El compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec</b> .....	28
4.1. Sentit i fonament .....	28
4.2. L'exercici de drets constitucionals .....	29
4.3. L'ús de la violència pels membres de les forces i els cossos de seguretat .....	30
4.4. El dret de correcció avui derogat .....	31
4.5. L'exercici de certes professions .....	32
4.6. Els presumptes mandats antijurídics obligatoris .....	33
4.7. La col·lisió de deures .....	33

---

<b>5. El consentiment .....</b>	<b>34</b>
<b>Resum.....</b>	<b>36</b>
<b>Exercicis d'autoavaluació.....</b>	<b>37</b>
<b>Solucionari.....</b>	<b>39</b>
<b>Glossari.....</b>	<b>40</b>
<b>Bibliografia.....</b>	<b>42</b>

## Introducció

Si, com ja sabem, la tipicitat del fet és portadora del que anomenem *el seu injust específic* (la lesió o posada en perill d'un bé jurídic determinat), succeeix que, per regla general, aquesta conducta s'ha de considerar antijurídica; és a dir, contrària a la norma de valoració objectiva. Tanmateix, encara és possible que la conducta típica acabi essent considerada correcta per a l'ordenament, cosa que succeeix quan, simultàniament a aquesta lesió o posada en perill, s'aconsegueix un resultat que –sospesat en totes les repercussions– és valuós per a l'ordenament.

En aquest mòdul estudiarem els supòsits concrets en què el nostre sistema admet aquesta neutralització de l'injust específic de la conducta típica, o dit d'una altra manera, examinarem les causes de justificació (estat de necessitat, legítima defensa i compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec) que es preveuen en l'article 20 del CP. Així, al llarg de les pàgines següents examinarem algunes qüestions generals comunes a totes, com les notes que les diferencien de les causes merament excloents de la culpabilitat o imputació subjectiva, la presència de determinats requisits objectius o dels més discutits de caràcter subjectiu, la qüestió de l'anomenat *examen conforme a deure*, la possibilitat d'una justificació només incompleta, etc. Amb tot, la major part del mòdul es dedica a l'estudi de les característiques i els requisits concrets de cada causa tal com apareixen regulats en els diferents apartats de l'article 20 del CP, i es fa un èmfasi especial en la manera en què s'han interpretat per la doctrina i la jurisprudència majoritàries.

## Objectius

Aquest mòdul es planteja els següents objectius:

- 1.** Comprendre el sentit global de la justificació del comportament típic com la correcció de la conducta tenint en compte la globalitat de l'ordenament jurídic, en virtut de la ponderació de la totalitat dels interessos implicats.
- 2.** Diferenciar entre les causes excoents de l'antijuridicitat i la culpabilitat segons les seves conseqüències respectives sobre aspectes com la participació, les mesures de seguretat o la responsabilitat civil.
- 3.** Explicar algunes qüestions comunes a totes les causes justificants, com les relatives al caràcter complet o incomplet, o la discussió doctrinal entorn de la necessitat d'exigir elements subjectius per a l'apreciació.
- 4.** Introduir el problema relatiu a l'error sobre els pressupòsits objectius d'una causa de justificació, tot i que en remetem l'estudi més detallat en el mòdul següent.
- 5.** Estudiar de manera particular les causes de justificació que s'inclouen expressament en l'article 20 del CP (legítima defensa, estat de necessitat i compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec), juntament amb la més discutida del consentiment del subjecte passiu.

## 1. Qüestions generals sobre la justificació

Analitzem a continuació un conjunt de qüestions comunes a les diferents causes de justificació.

### 1.1. El significat de la justificació

La comissió d'un fet penalment típic no ha d'implicar necessàriament la responsabilitat penal del subjecte. Això no succeeix si la conducta està justificada, és a dir, si no és antijurídica. En altres paraules, si en examinar-ne el conjunt de les repercussions i en el context en què es produeix no és possible considerar-la objectivament desvalorada per l'ordenament, sinó de conformitat amb aquest ordenament. Aleshores, com és possible que un comportament típic que per definició lesiona o posa en perill béns jurídics, es pugui acabar considerant correcte jurídicament?

L'explicació rau en la possibilitat, perfectament imaginable, que l'acció típica, al mateix temps que lesiona o posa en perill un determinat bé jurídic (cosa que en constitueix l'injust específic), s'adreci de manera simultània a salvaguardar algun altre interès jurídicament protegit. Sempre que es doni aquesta situació de conflicte cal **ponderar el conjunt d'interessos en joc**, perquè no es pot considerar contrària al dret una conducta típica que, tenint en compte tots els factors implicats, ha donat lloc a una situació objectivament més valuosa per a l'ordenament, en preservar un o diversos béns jurídics que per al dret prevalen sobre el lesionat. Expressat d'una altra manera, en aquests casos entenem que, fins i tot si concorre l'injust específic propi de la tipicitat, la valoració de la conducta si es consideren el conjunt d'interessos consagrats per l'ordenament dóna un resultat positiu, de manera que no concorre, per tant, l'injust genèric necessari per a l'afirmació de l'antijuridicitat.

Per tant, entenem que aquest és el fonament comú (al marge de les diferències que puguin presentar) a totes les causes de justificació que es preveuen en el nostre ordenament: el conflicte entre béns i interessos i la seva ponderació, ja que només la salvaguarda d'un interès prevalent permet, des d'una perspectiva objectiva de l'antijuridicitat com la que se sosté aquí, de considerar enervat l'injust específic representat per la lesió o la posada en perill de béns jurídics inherent a tota conducta típica.

En contra de l'opinió d'un sector doctrinal rellevant, aquest fonament també és aplicable a la causa de justificació del consentiment de l'ofès. I és que quan l'ordenament decideix atorgar rellevància justificant al consentiment és perquè l'autonomia o llibertat individual ha estat sospesada com a part de la pon-

#### Nota

Recordem que, segons la concepció que es manté aquí, l'antijuridicitat consisteix en aquesta desvaloració objectiva del fet.

deració d'interessos en joc (i li ha concedit un pes decisiu). De la mateixa manera, quan s'opta per no reconèixer-li aquesta importància (com és el cas, per exemple, de l'article 143.3 del CP, en què el consentiment només serveix per a atenuar la pena respecte a l'homicidi ordinari no consentit, però sense arribar a justificar el fet), el legislador també ha sospesat l'autonomia individual dins el conjunt dels béns en conflicte, i aquesta vegada li ha negat la rellevància suficient per a neutralitzar el desvalor inherent a la conducta típica.

Les causes de justificació que estudiarem en aquest mòdul són les que podem anomenar causes *genèriques*, que el legislador ha previst de manera general i no respecte a figures delictives concretes. Altres vegades, tanmateix, el Codi preveu supòsits més determinats, que podem denominar *causes de justificació específiques*, quan en relació amb un delictes concret es prenen en consideració certs conflictes d'interessos i s'opta per resoldre'ls a favor de l'autorització del comportament sempre que se satisfacin determinades exigències o requisits (p. ex., els supòsits legals d'interrupció voluntària de l'embaràs o l'esterilització d'incapaços de l'article 156.2 del CP). Si la regulació legal específica d'un conflicte determinat en relació amb un delictes concret no comporta la seva autorització plena, sinó només una atenuació de la pena (perquè s'entén que es presenta un contingut d'injust menor), parlarem d'una "causa de justificació específica i incompleta" (com en el cas de l'article 143.4 ja esmentat, o el del consentiment en les lesions de l'article 155 del CP).

## 1.2. Les causes de justificació al CP. Els efectes de la justificació

El CP recull el conjunt de causes de justificació en diversos números del seu article 20, concretament en els apartats 4t. (legítima defensa), 5è. (estat de necessitat) i 7è. (compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec). En la resta d'apartats d'aquest precepte legal s'inclouen altres circumstàncies que, tot i que tenen en comú amb les causes de justificació el fet de comportar una exempció final de responsabilitat penal<sup>1</sup>, responen a un fonament completament diferent del d'aquestes últimes: són les anomenades *causes d'inimputabilitat* (com per exemple, la que es regula en l'apartat 1r., referida a l'afectació de l'autor per una anomalia o alteració psíquica de determinades característiques) i les de no-exigibilitat (com la por insuperable de l'apartat 6è., de les quals ens n'ocuparem detalladament en el mòdul corresponent. Es tracta, en qualsevol cas, de causes que no eliminen l'antijuridicitat del fet (que continua essent objectivament desvalorat per l'ordenament), sinó únicament la culpabilitat o imputació subjectiva d'aquest fet a l'autor concret.

<sup>(1)</sup> Això explica que el legislador hagi optat per regular-les en un mateix article.

Com a conseqüència lògica d'aquest fonament diferent, l'apreciació d'una causa de justificació del fet típic comporta uns efectes molt diferents dels d'una mera exclusió de culpabilitat de l'autor. Encara que en tots dos casos es produïxi una exempció de responsabilitat criminal, s'ha d'insistir en els elements diferenciadors següents:



- Com que el fet justificat es considera, en conjunt, d'acord amb l'ordenament jurídic, la justificació representa l'exempció de qualsevol altre tipus de responsabilitat jurídica, fins i tot la civil; mentre que l'exclusió de la culpabilitat deixa indemne aquesta última, que s'ha de regir pels articles 109 i següents del CP. Això no obstant, i com a excepció, **l'estat de necessitat justificant no eximeix de responsabilitat civil**, que ha de ser satisfeta per les persones els béns jurídics de les quals s'han salvat en detriment dels d'un altre (article 118.1.3a. del CP).
- L'apreciació d'una causa de neutralització de l'antijuridicitat impedeix no solament la imposició d'una pena, sinó també la de mesures de seguretat, atès que el fet justificat no permet de fonamentar el judici de perillositat criminal que hi ha a la base. En canvi, el fet antijurídic merament no-culpable sí que pot constituir, si escau, la base d'un judici d'aquest tipus i de la mesura de seguretat consegüent.

No es pot internar en un centre psiquiàtric un malalt mental que n'ha matat un altre si aquest fet típic es va dur a terme en legítima defensa. En canvi, és possible imposar aquesta mesura si l'autor d'un homicidi antijurídic va quedar exempt de responsabilitat criminal simplement a causa de la seva alienació, però es pot preveure que tornarà a matar en el futur.

- En virtut del principi anomenat *d'accessorietat* en la participació (que hem estudiat detalladament en el mòdul "Autoria i participació. *Iter criminis*"), la desaparició de l'antijuridicitat del fet principal impedeix castigar els partícips. En canvi, això no opera per als supòsits en què el fet principal ha estat comès per un autor no culpable, en els quals, en principi, no hi ha cap problema per a exigir responsabilitat criminal als partícips, que no tenen res a veure amb aquesta causa d'inimputabilitat o inexigibilitat que concorren en l'autor.

Qui convenç o ajuda un altre a lesionar un tercer en legítima defensa no té responsabilitat criminal. Si el fet principal és conforme a l'ordenament, no tindria sentit sancionar els qui hi han participat. En canvi, qui com a còmplice ajuda a cometre un delictes a una persona completament intoxicada per les drogues ha de ser castigat, ja que l'exempció de responsabilitat de l'autor es basa en una anul·lació de les capacitats intel·lectuals i cognitives que no concorre en el partícip.

- En la mesura que estem davant una actuació lícita, el comportament justificat ha de ser suportat pels tercers afectats, que en dur a terme accions típiques per a evitar-lo o repel·lir-lo no poden invocar, al seu torn, causes de justificació (especialment legítima defensa).

El detingut legítimament per l'autoritat competent (privació de llibertat emparada per la causa de justificació que es preveu en l'article 20.7) no es pot resistir a la detenció acollint-se en una legítima defensa, ja que l'acció justificada de què és subjecte passiu (la detenció) no pot constituir l'agressió il·legítima que requereix l'article 20.4. del CP.

### 1.3. Els requisits objectius i subjectius de les causes de justificació

En regular cada una de les causes de justificació en diferents apartats de l'article 20 del CP, el legislador ha disciplinat una sèrie de **requisits objectius** sense els quals no és possible considerar plenament neutralitzada l'antijuridicitat del fet. Això no obstant, el mateix legislador ha previst la possibilitat que se satisfacin només algunes (però no la totalitat) de les exigències previstes per la causa respectiva, cas en què la situació es deixa de ser plenament justificada. Tal com disposa l'article 21 del CP, en aquests supòsits, en lloc de l'exempció total de responsabilitat es dóna pas a una mera atenuació de la pena (precisament perquè és una neutralització de l'injust només parcial o incompleta).

#### Article 21 CP

"Son circunstancias atenuantes:

1.ª. Las causas expresadas en el capítulo anterior, cuando no concurrieren todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos."

D'altra banda, aquesta previsió s'ha de completar amb el que disposa l'article 68 del CP, que en aquests casos permet al jutge o tribunal sentenciador d'anar molt més enllà de la rebaixa de pena que en principi correspon a una circumstància atenuant ordinària, i pot imposar la pena inferior en un o dos graus a l'assenyalada d'entrada per al fet típic comès.

Ara bé, tot el que hem dit anteriorment no s'ha d'interpretar en el sentit que tot incompliment d'un requisit exigít legalment en la regulació d'una causa justificant comporti l'entrada en joc dels articles 21.1.a i 68 del CP. Segons la doctrina i la jurisprudència absolutament establertes, això només és possible quan el requisit no satisfet tingui un caràcter **no essencial** per a la justificació, de manera que la no-concurrència d'una exigència considerada **essencial o imprescindible** –com succeeix, per exemple, en el cas d'una agressió il·legítima prèvia a la legítima defensa– impedeix no solament que la causa de justificació corresponent es pugui apreciar com a completa, sinó que també en veda l'estimació com a justificant parcial o incomplet de l'article 21.1.a del CP. En estudiar cada una de les causes de justificació en el nostre sistema farem la distinció necessària entre els requisits essencials i no essencials respectius.

D'altra banda, es planteja la discutida qüestió sobre si la justificació del comportament típic exigeix, a més dels requisits objectius corresponents, la presència d'algun **element subjectiu** en l'autor, és a dir, que aquest conegui la concurrència de la situació justificant i vulgui actuar en aquestes condicions.

#### Eximent incomplet

Les causes de justificació es poden apreciar com a eximents incompletes si en concórrer els seus elements essencials s'incompleix algun requisit no essencial.

#### Nota

El contingut exacte dels elements subjectius és doctrinalment controvertit en si mateix.

### Exemples

A dispara a B i li provoca la mort sense saber que la víctima també es disposava a atacar-lo d'una manera imminent. Tot i que es complien els requisits objectius de la legítima defensa, A ho desconeixia i, per tant, no actuava per defensar-se.

A pertorba o interromp un servei de culte religiós cridant que s'ha declarat un incendi al recinte. Malgrat que era una informació certa que A havia sentit al carrer, ho desconeixia i actuava creient que es tractava d'una barrabassada en la qual pretenia participar (exemple agafat de Roxin).

La qüestió ha rebut respostes múltiples de la doctrina, vinculades al **concepte d'injust** de què es parteixi.

1) Des del **finalisme més ortodox**, que centra l'injust en el **desvalor d'acció** (entès com a desvalor d'intenció), s'ha propugnat que la justificació sempre requereix aquest element subjectiu de l'autor (que ha de conèixer i voler les circumstàncies objectivament justificants i, a més, si més no segons el criteri d'alguns, tenir la intenció particular d'actuar justificadament), perquè només així s'aconseguiria neutralitzar aquest desvalor d'acció que constitueix el centre de l'injust penal. Per això, des d'aquest punt de vista es defensa la impossibilitat d'apreciar cap justificació en aquests supòsits, i s'ha de sancionar l'autor pel delictes comès com a consumat (en el nostre primer exemple, A seria castigat com a autor d'un homicidi o assassinat consumat).

### Cas real

Tot i que no té una fonamentació detallada, en aquesta línia es podria emmarcar l'STS d'11 de desembre de 1990, que nega tota justificació al metge que va practicar un avortament sense conèixer les circumstàncies de necessitat econòmica objectivament concurrents, que, en canvi, van portar a absoldre els pares (els qui, òbviament, les coneixien) per estat de necessitat.

2) Des d'una **concepció dualista de l'injust**, un sector doctrinal ha sostingut que en aquest tipus de supòsits estariem davant una estructura anàloga a la que presideix la figura de la **temptativa**: la concurrència objectiva de les circumstàncies justificants neutralitzaria el desvalor de resultat del fet, però subsistiria el desvalor d'acció en la mesura que el subjecte el desconeixia i no era conscient, per tant, d'actuar dins els requisits objectius exigits. Atès que la temptativa es caracteritzaria precisament per aquesta estructura d'absència de desvalor de resultat (no s'arriba a produir el resultat lesiu per als béns jurídics) però existència del desvalor d'acció (en la mesura que l'autor pretén lesionar béns jurídics), els supòsits de falta d'elements subjectius de la justificació del fet s'haurien de sancionar com a temptatives del delictes corresponent. Més en concret, estariem davant una estructura anàloga a la de l'anomenada *temptativa inidònia*, que estudiarem més endavant. D'altra banda, també des d'una concepció doble de l'injust s'ha propugnat aplicar a aquests casos la mateixa solució que als supòsits en què manca algun requisit objectiu (no essencial) exigint per la causa de justificació corresponent: la circumstància incompleta de l'article 21.1 del CP.

3) Finalment, cal esmentar la construcció defensada per Carbonell Mateu, per a qui la defensa d'una **concepció objectiva de l'injust** no impedeix admetre que la concurrència d'elements subjectius pot ser exigida pel legislador en la regulació respectiva de cada causa de justificació. I això succeeix clarament, al seu parer, en la legítima defensa –en la qual la menció a l'actuació "en" defensa comporta requerir el coneixement i la voluntat d'actuar justificadament– i amb menys intensitat en l'estat de necessitat –en el qual n'hi ha prou amb el coneixement de la situació objectiva de necessitat–; mentre que la causa de l'article 20.7 (compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec) no requeriria cap element subjectiu. Ara bé, tenint en compte el caràcter de clàusula general de justificació que l'autor atribueix a aquesta última causa, i partint d'una estructura esglaonada del sistema de justificants, això comportaria la conseqüència següent: sempre es poden justificar per l'exercici d'un dret els supòsits en què, malgrat l'absència de coneixement dels elements objectius justificants i la voluntat d'actuar justificadament, s'hagi produït una neutralització del desvalor de resultat per haver-se aconseguit un resultat valuós per a l'ordenament. I és que, en opinió de l'autor, "qui produeix un resultat valuós duu a terme una conducta no antijurídica, a la qual té dret, encara que ignori aquesta circumstància".

Qui llança una pedra contra la finestra d'un altre subjecte amb la sola intenció de fer-ne malbé els béns es troba justificat per l'article 20.7 si casualment aconsegueix (resultat objectivament valuós per al dret) salvar la vida d'aquest subjecte, que estava a punt de morir per inhalació de gas. La falta de coneixement d'aquesta situació objectiva de perill per al bé jurídic impedeix de justificar l'acció típica per estat de necessitat, però no veda el fet d'acudir subsidiàriament a la causa de justificació d'exercici d'un dret.

#### 1.4. Les causes de justificació putatives. Remissió

Fins ara ens hem referit als supòsits en què l'actuació d'un subjecte satisfà els requisits exigits objectivament per una causa de justificació, fins i tot si el subjecte ho desconeix. Ara és pertinent abordar la situació en certa manera inversa; és a dir, els casos en què un subjecte actua amb el convenciment que concorren els pressupòsits objectius exigits per una justificant, quan en realitat no és així.

En aquestes situacions, normalment denominades *de justificació* (legítima defensa, estat de necessitat, etc.) *putativa*, el subjecte està, per tant, immers en un **error sobre els pressupòsits objectius d'una causa de justificació**, que ell creu concurrents per equivocació. Per a estudiar aquest error i el seu tractament legal (que depèn, com veurem, de la seva consideració com a error de tipus o de prohibició, una qüestió molt debatuda doctrinalment) ens remetem a l'apartat corresponent en el mòdul 5, "La culpabilitat".

#### Exemple

A presència com el seu fill B és introduït per la força en un cotxe per dos individus; com que creu que B és objecte d'una agressió il·legítima, colpeja i lesiona els dos individus per defensar el seu fill, mentre que posteriorment es demostra que es tractava de dos policies de paísà que procedien a la detenció correcta de B.

## 1.5. L'examen d'acord amb el deure

En relació amb els dos apartats precedents cal esmentar, encara que sigui breument, la qüestió que es coneix com l'examen d'acord amb el deure dels pressupòsits objectius de la justificació. Sobre aquest aspecte es debat si és possible justificar qui actua dins els pressupòsits esmentats i que ho vol fer, tot i que se n'hagi determinat l'existència després d'examinar-los matusserament.

### Exemple de la jurisprudència alemanya

Sobre la base d'un examen només superficial (contrari al deure de cura), un metge practica un avortament després d'arribar a la conclusió que la vida de la mare corria perill (una cosa que, en efecte, succeïa, de manera que es compleixen els requisits objectius que requereix la legislació).

Amb bon criteri, la doctrina majoritària no exigeix amb caràcter general aquest examen d'acord amb el deure com un element subjectiu afegit per a atorgar la justificació, cosa que en l'exemple proposat comportaria l'emparament de la conducta típica sota la causa de justificació corresponent.

No hem de confondre l'anterior amb una altra qüestió, realment més pròxima a la justificació putativa. Ens acabem de referir als supòsits en què es donen els requisits objectius de la justificació ino concorre un examen curós o d'acord amb el deure per part del subjecte, que, malgrat això, se'n fa un judici encertat. Aquests supòsits són solucionats per la doctrina majoritària, com ja hem esmentat, que renuncia a exigir una comprovació curosa i admet la justificació. Una altra qüestió és la discussió sobre si en casos en què objectivament no concorren els pressupòsits legals, n'hi ha prou per a justificar amb el fet que el subjecte hagués actuat creient (per error) en la seva concurrència després d'haver fet un examen curós (que, malgrat tot, va acabar per ser equivocat). En aquest segon tipus de casos estem, en principi, davant un error sobre els pressupòsits objectius de la causa de justificació, les conseqüències del qual (i en particular les derivades del fet que el subjecte hagués complert amb el seu deure de diligència en examinar la situació) s'examinaran en el seu moment (mòdul 5). Això no obstant, encara tornarem sobre el tema en aquest mateix mòdul, arran de l'estudi del compliment d'un deure o exercici d'un dret (vegeu *infra* 4.1).

## 2. La legítima defensa

Després de l'examen de les qüestions generals, iniciem l'estudi de les diferents causes de justificació, començant per la legítima defensa.

### 2.1. Fonament

L'article 20.4 del CP exigeix de responsabilitat penal, un cop es compleixen determinats requisits, qui actui en defensa de la persona o els drets propis o aliens, i atorga, d'aquesta manera, un tractament idèntic a la defensa pròpia i a la de tercers, amb independència de quina sigui la relació entre aquests últims i el defensor.

Una vegada s'han superat les concepcions monistes de la legítima defensa, com les que l'ancoraven en l'instint de conservació o en la mera necessitat de salvar béns en perill (explicació, aquesta última, que no aconsegueix diferenciar-la adequadament de l'estat de necessitat), en l'actualitat se sosté majoritàriament la doble fonamentació (individual i col·lectiva o supraindividual) d'aquesta causa de justificació:

- La dimensió individual de la legítima defensa estaria en la necessitat de defensar un bé davant una agressió de què és objecte.
- A això s'hi afegeix un aspecte ulterior d'aquesta justificant: en la mesura que l'agressor es comporta de manera il·legítima o contrària al dret, la defensa davant seu no assoleix només el bé jurídic atacat, sinó el mateix ordenament jurídic. Com veurem més endavant, és precisament aquest matís el que explica les diferències entre els requisits més estrictes de l'estat de necessitat i els de la legítima defensa, ja que mentre que en la primera d'aquestes situacions es pot dir que els béns en conflicte estan en la mateixa posició respecte a l'ordenament jurídic, en la legítima defensa, en canvi, el comportament contrari al dret de l'agressor il·legítim motiva que els seus béns ja no gaudeixin de la mateixa protecció jurídica que els de l'atacat.

### 2.2. Els requisits de la legítima defensa. L'agressió il·legítima

Els requisits exigits per l'article 20.4 del CP per a l'apreciació d'una legítima defensa rauen en el fet que hi hagi una agressió il·legítima, la necessitat racional del mitjà utilitzat en la defensa i la manca d'una provocació prèvia del defensor. Dedicarem aquest subapartat i els següents a l'estudi d'aquestes exigències que, com veurem, no tenen la mateixa importància amb vista a l'eventual estimació de la causa de justificació incompleta.

L'agressió il·legítima es configura com un primer requisit absolutament essencial per a la causa de justificació que comentem, de manera que segons el que hem apuntat en apartats anteriors, en cas que no hi hagi justificació no es pot apreciar legítima defensa completa ni incompleta. En primer lloc perfilarem el concepte d'agressió, i més tard en desenvoluparem les característiques essencials: l'actualitat i la il·legitimitat.

### 2.2.1. Concepte d'agressió

La interpretació del concepte d'agressió queda molt lluny de ser pacífica. Per exemple, es pot conceptuar com a tal el comportament no constitutiu d'acció en sentit jurídicpenal o la conducta merament omissiva?

Els comportaments merament imprudents que amenacen de causar un dany, constitueixen agressions davant les quals es pot interposar legítima defensa? Efectivament, la qüestió és discutible. Això no obstant, convé insistir que optar per requerir una conducta mínimament voluntària, activa o intencionada per confirmar que hi ha agressió no comporta, de cap manera, vedar d'entrada la justificació del comportament típic adreçat a neutralitzar els perills procedents de conductes que no satisfacin aquestes característiques. I això perquè, naturalment, sempre que es compleixin els requisits no hi hauria cap obstacle a l'aplicació de l'estat de necessitat.

D'altra banda, i en contra d'una jurisprudència establerta durant molt de temps al Tribunal Suprem, la doctrina majoritària rebutja que el concepte d'agressió requereixi un escomesa personal de caràcter físic, perquè, com se sol assenyalar, això redundaria en una reducció dels béns jurídics defensables (que pràcticament inclourien únicament la vida i la integritat física o sexual) que no es compadeix amb la lletra de la llei. En aquest sentit, advertim que l'article 20.4 es refereix a la defensa "de la persona o derechos<sup>2)</sup>", a la qual cosa s'afegeix una definició autèntica de l'agressió als béns patrimonials i a la residència que en cap cas no requereix aquesta escomesa física. El mateix Tribunal Suprem ha anat donant entrada a aquesta ampliació del seu concepte tradicional d'agressió (podeu veure, per exemple, les sentències de 24 d'abril de 1992, 8 de febrer de 1995 o 3 d'abril de 1996).

#### Agressions verbals o escrites

El que acabem d'estudiar es veu particularment clar en el cas de la defensa de l'honor davant d'agressions merament verbals o escrites que encara no hagin conclòs, com pot succeir davant de campanyes difamatòries encara en curs o amb la distribució de pamflets injuriosos (podeu veure, per exemple, la sentència del TS d'1 de maig de 1958 –pionera en aquest aspecte–, o les de 16 de novembre de 1978 o 12 de febrer de 1979).

Tal com es deia, el legislador mateix ha definit el concepte d'agressió il·legítima quan es tracti de la defensa de béns patrimonials. Es reputa agressió:

1) l'atac als béns que constitueixi un delictes o una falta, i

#### Exemple

Pensem utilitzant l'exemple proposat per Cerezo Mir, en el metge que podia i hauria d'haver atès un pacient i, en canvi, no ho fa. Un familiar del pacient que se serveix de la coacció per aconseguir que el facultatiu assisteixi el malalt, estaria emparat per legítima defensa?

<sup>(2)</sup>Cosa que segons la doctrina i la jurisprudència exclou la legítima defensa de béns jurídics col·lectius (medi ambient, bon funcionament de l'Administració, etc.).

2) que els posi en perill greu de deteriorament o pèrdua imminents.

El primer significa permetre la legítima defensa també davant els atacs al patrimoni de molt poca importància. El segon, per la seva banda, comporta una conseqüència de gran rellevància pràctica: continuarà existint una agressió il·legítima davant la qual un es pot defensar mentre els béns no s'hagin perdut definitivament, és a dir, mentre l'agressor no hagi aconseguit fugir amb ells.

Quant a la legítima defensa de la casa, el legislador defineix l'agressió com l'entrada indeguda a la casa o a les seves dependències.

### 2.2.2. L'actualitat de l'agressió

Un component imprescindible de l'agressió que exigeix el Codi és l'actualitat, aspecte que, d'altra banda, imposa una sèrie de límits temporals a l'actuació del defensor:

- Pel que fa al començament de l'agressió, que hagi de ser actual no significa que només es pugui parlar d'agressió en el moment mateix de l'atac, ja que això implicaria, per exemple, que per a exercir legítima defensa davant de qui s'acosta amenaçadorament amb un ganivet de grans proporcions o una arma de foc s'hagués d'esperar que el subjecte fes la intenció de clavar el ganivet o que disparés l'arma, cosa que, òbviament, en molts casos ja impossibilitaria la defensa. Al contrari, perquè l'agressió sigui actual n'hi ha prou que l'atac es presenti com a molt pròxim o imminent (tal com indica clarament el Codi en la mesura que es refereix al mitjà utilitzat per a impedir o repel·lir l'agressió), cosa que *a contrari* significa, això sí, que queden exclosos els supòsits d'atacs encara difusos o llunyans en el temps.
- En segon lloc, l'actualitat de l'agressió implica que encara es dugui a terme. En aquest sentit, la doctrina sol assenyalar, d'una manera molt gràfica, per cert, que la resposta a l'agressió ja conclosa no representa cap defensa, sinó que entra de ple en l'àmbit de la mera revenja (entre d'altres moltes, podeu consultar l'STS de 6 de març de 2000 o 17 d'octubre de 2001). Per això és fonamental valorar en cada supòsit concret si l'agressió encara era actual, cosa que, com ja hem esmentat, en el cas de les agressions que tinguin per objecte el patrimoni, es dona mentre sigui possible impedir la fugida del subjecte que s'escapa amb el botí.

No es pot emparar en legítima defensa el ferit que dispara sobre qui prèviament el va agredir, però ja es retirava del lloc. Per contra, en una detenció il·legal l'atac al bé jurídic es manté en la mesura que es prolongui la privació de llibertat, per la qual cosa la víctima pot actuar en legítima defensa en qualsevol moment.

#### Excés extensiu

La resposta a una agressió que no compleix alguna d'aquestes característiques es considera un "excés extensiu" en la defensa que impedeix apreciar la justificació, tant completa com incompleta.



### 2.2.3. La il·legimitat de l'agressió

A més d'actual, l'agressió ha de ser il·legítima. S'ha discutit sobre si aquesta il·legimitat es redueix únicament als casos en què l'atac sigui constitutiu d'un il·lícit penal o si també s'han de considerar il·legítimes en el sentit de l'article 20.4 del CP les actuacions contràries a algun altre sector de l'ordenament jurídic (així, un il·lícit civil o administratiu). Admetre la possibilitat de justificar per legítima defensa la reacció davant aquest segon tipus de supòsits implica, al nostre entendre, concedir al ciutadà un marge d'actuació excessivament ampli, ja que només té sentit que l'Estat permeti la lesió de béns jurídics aliens (no oblidem que estem parlant de la justificació d'un comportament lesiu de béns jurídics protegits penalment) davant els atacs que, al seu torn, apareguin com a més intolerables. D'aquí ve que sembli adequat exigir el caràcter penalment típic de l'agressió il·legítima, cosa que no obstaculitza de cap manera l'aplicabilitat de l'estat de necessitat, si escau, davant de perills procedents d'actuacions il·lícites, però penalment atípiques (en aquesta línia, la STS de 8 de març de 2002).

D'altra banda, una vegada hem arribat a aquest punt és adequat esmentar una extensa jurisprudència del TS relativa als supòsits de renyina mútua o lliurement acceptada, situació en què l'existència d'agressions recíproques impediria, segons el Tribunal, la presència d'una vertadera agressió il·legítima, de manera que s'exclou l'apreciació tant de la circumstància completa com de la incompleta (podeu veure, per exemple, les sentències de 13 de març i 8 d'octubre de 2001, o la de 4 de febrer de 2003). Això no obstant, aquesta exclusió radical de la justificació hauria de ser objecte de diverses matisacions (com ha admès el mateix TS alguna vegada; per exemple, en la sentència de 8 de juliol de 1998). D'entre aquestes matisacions la més important afecta els casos en què durant una renyina acceptada d'entrada (en la qual els intervinents s'escometen mútuament, per exemple, amb els punys), un dels subjectes surt dels límits acordats tàcitament (fent servir una pistola, per exemple), supòsit en què serà més adequat apreciar l'agressió il·legítima i admetre la possibilitat de legítima defensa de l'altre contendent (sens perjudici d'examinar més tard la qüestió de la provocació prèvia del defensor –cosa que s'ha de fer sobre la base de l'últim requisit de la justificant, de què tractarem més endavant). També s'accepta la possibilitat de defensa si la baralla s'ha interromput i un d'ells la reinicia agredint una altra persona.

En qualsevol cas, la jurisprudència admet avui clarament que la seva posició restrictiva de la legítima defensa en casos de baralla "no exonera els jutges d'esbrinar la gènesi de l'agressió i de determinar, si és possible, qui la va iniciar, de tal manera que amb això s'eviti que pugui aparèixer com un dels components de la baralla algú que no va ser més que un agredit que es va limitar a repel·lir l'agressió" (STS de 13 març de 2003 o de 26 d'octubre de 2005).

De l'exigència del caràcter antijurídic de l'agressió es deriva el fet que no puguin donar lloc a legítima defensa les agressions que al seu torn es trobessin cobertes amb antelació per una causa de justificació. El que la legítima defensa no exigeix, en canvi, és que l'atac antijurídic procedeixi d'una persona culpable. Així, per exemple, és possible justificar en virtut de l'article 20.4 del CP les accions defensives davant d'agressions dutes a terme per subjectes inimputables o exempts de culpabilitat per alguna altra raó.

#### Subjectes inimputables

Per exemple, un malalt mental o una persona completament èbria.

Tanmateix, fins i tot admetent en principi la defensa davant de subjectes no culpables, hem d'assenyalar que darrerament s'estableix la tendència a restringir-la en aquest tipus de supòsits (o almenys en alguns); i és que la reacció defensiva s'ha d'adequar a les condicions de l'agressor, que poden incidir sobre el grau de defensa necessari per a repel·lir o impedir l'agressió<sup>3</sup>. Tot això ens condueix, en realitat, al requisit següent de la legítima defensa: la necessitat racional del mitjà utilitzat.

<sup>(3)</sup>En el cas que sigui possible, davant l'agressor no culpable seria recomanable recórrer a la fugida i evitar la defensa directa.

### 2.3. La necessitat de la defensa

Si la imminència o actualitat de l'agressió són essencials per a donar lloc al que podem denominar una *necessitat abstracta de defensar-se* (sense la qual es produeix un excés extensiu que, com sabem, impedeix qualsevol apreciació de la circumstància, completa o incompleta), el requisit legal de la necessitat racional del mitjà utilitzat per a impedir o repel·lir l'agressió s'identifica amb la necessitat concreta de la particular defensa exercitada. Això implica que, pressuposant una agressió de la qual cal defensar-se, el subjecte no es pot servir amb aquesta finalitat d'un mitjà més lesiu del que és imprescindible en aquest cas; altrament estarem davant un excés intensiu que veda la justificació completa (tot i que, com que es tracta d'un requisit no essencial, encara es pot apreciar la incompleta). Aquestes són les línies mestres de la jurisprudència en relació amb això (vegeu a tall d'exemple les SSTS del 8 de març de 2002 o del 6 d'abril de 2001).

#### Excés intensiu

La manca de necessitat de la defensa concreta utilitzada hi implica un "excés intensiu" que, tanmateix, permet la circumstància incompleta.

Té lloc un excés intensiu en la defensa si l'atacat per una altra persona només amb cop de puny treu una pistola i dispara al cap de l'agressor, podent haver exercitat altres alternatives defensives.

La valoració d'aquest requisit de la necessitat de la defensa concreta exercitada pot resultar problemàtica, ja que, com és obvi, la situació es pot revelar diferent *a posteriori* del que la víctima va valorar en el seu moment. En aquest sentit, tant la doctrina com la jurisprudència exigeixen que el jutgador es col·loqui en una perspectiva *ex ante*, que tingui en compte les possibilitats de defensa concretes a què podia recórrer la víctima donada la urgència de la situació i la seva torbació davant de l'agressió (*vid.* per exemple la STS del 16 de novembre de 2000, o la del 28 de gener de 2002). Això vol dir que es concedirà la justificació si la persona agredida va optar per defensar-se d'una manera raci-

onal segons allò que li era possible i exigible en aquell moment i en aquelles circumstàncies, encara que posteriorment es demostrés que hauria tingut al seu abast un mitjà de defensa menys lesiu que el que va utilitzar.

S'hi uneix una segona possibilitat. Si existeix un excés intensiu (que es pugui apreciar fins i tot quan s'ha emprat aquesta perspectiva *ex ante*), aquest podria arribar a estar cobert per la causa d'inexigibilitat de por insuperable (*vid.* mòdul V). Així ho han admès expressament algunes sentències que en aquest tipus de casos han absolt de manera completa, com la STS del 24 de febrer de 2000 (*vid.* igualment la més complexa del 22 de febrer de 2007, sobre la compatibilitat entre l'eximent incomplet de por insuperable i l'error que determina una legítima defensa putativa incompleta).

En qualsevol cas, és important que en aquest moment insistim que aquest requisit de la legítima defensa **no significa exigir la proporcionalitat estricta entre els béns** en conflicte (és a dir, que no es causi un dany més important que el que es pretenia evitar, tal com s'exigeix, en canvi, en l'estat de necessitat). Al contrari, és possible emparar en legítima defensa qui vulnera béns jurídics de l'agressor més importants que els que ell pretenia lesionar (per exemple, qui impedeix un atac a la seva llibertat sexual causant la mort de l'agressor, i malgrat el fet que, en principi, la vida es considera un bé de més importància que aquesta llibertat) perquè, com ja hem esmentat, la procedència il·legítima de l'atac al bé jurídic (aquest factor supraindividual de lesió de l'ordenament jurídic que comporta tota agressió il·legítima) condueix al fet que els béns de l'agressor i l'agredit no es trobin en posició d'igualtat davant el dret (vegeu per exemple STS de 22 de juliol de 2005).

En el requisit que ara ens ocupa no es tracta, per tant, d'examinar la proporcionalitat entre el bé defensat i el bé de l'agressor lesionat, sinó d'**examinar la necessitat de la defensa** (es tracta, continuant amb el mateix exemple, de valorar si en les circumstàncies del cas hauria estat factible impedir o repel·lir l'agressió sexual d'una manera menys lesiva).

Ara bé, fins i tot si això és cert, no podem deixar d'esmentar la creixent preocupació que mostra la doctrina per a restringir la gran amplitud que aquest punt de partida, aplicat sense més ni més, proporcionaria a la circumstància estudiada. Per aquest motiu –com a part del que se solen anomenar *restriccions eticosocials de la legítima defensa*– es tendeix a no admetre-la (o com a màxim de manera incompleta) en casos de gran desproporció entre el bé atacat per l'agressor i el lesionat per qui es defensa. Això ho admet ja la mateixa jurisprudència (vegeu per exemple STS de 27 de març de 2006).

Tot i que l'única manera d'impedir el furt de la cartera passi per disparar al lladre que fuig amb la intenció d'encertar-lo (per exemple, perquè el propietari es troba impedit per a atrapar-lo corrent al seu darrere), la causació de la mort o de gravíssimes lesions al lladre no es podria emparar en la legítima defensa completa, atesa la gran desproporció entre el bé jurídic lesionat (la vida o la integritat física) i el que es pretenia defensar (el patrimoni davant una agressió de petita importància).

#### **2.4. La manca de provocació suficient**

Com a últim requisit (no essencial) de la legítima defensa, l'article 20.4 del CP exigeix la "falta de provocación suficiente por parte del defensor", de manera que quan aquest últim hagi provocat l'agressió il·legítima, la seva defensa davant aquesta agressió només es pot emparar, si escau, en la causa de justificació incompleta, però no pot donar lloc a l'exempció total de responsabilitat.

Ara bé, per a impedir l'apreciació de la legítima defensa completa, la provocació prèvia del defensor ha de poder ser considerada, segons el mateix Codi, "suficient". Amb aquesta especificació, el legislador pretén indicar que no n'hi ha prou amb qualsevol provocació, per mínima que sigui, per a privar el defensor de la possibilitat de justificar plenament l'acció defensiva posterior, ja que seria injust que una provocació insignificant davant la qual l'altre subjecte va respondre d'una manera desmesurada (per exemple, intentant matar el primer) n'envés la legítima defensa respecte a aquesta reacció tan desproporcionada. Per això, doncs, si la provocació no es pot considerar suficient per a generar aquesta reacció agressiva, és possible aplicar la causa de justificació en la seva extensió total (vegeu per exemple STS de 18 de desembre de 2001).

### 3. L'estat de necessitat

Correspon ara a l'estudi de necessitat, el seu fonament i requisits d'aplicació.

#### 3.1. Fonament i naturalesa

La segona de les causes de justificació, que es preveu en l'article 20.5 del CP, permet d'emparar el comportament de qui, per preservar un bé jurídic (propi o d'una altra persona) d'un perill imminent de lesió, no té cap altra sortida que lesionar o posar en perill el bé jurídic d'un tercer, de manera que produeix un mal que, valorat en conjunt, ha de tenir menys importància per a l'ordenament que el que es pretenia evitar.

Així, doncs, a diferència de la legítima defensa, en l'**estat de necessitat** es reacciona davant un perill per a béns jurídics que no procedeix de l'agressió d'un tercer, sinó d'altres fonts (fenòmens naturals, un accident fortuït, la malaltia, etc.); per això, precisament les diferències en la regulació legal d'una causa i l'altra.

Mentre que en la **legítima defensa** la conducta de l'agressor és la que crea el perill per als béns aliens d'una manera contrària a l'ordenament jurídic (cosa que, al seu torn, l'obliga a suportar que els seus es vegin lesionats encara que siguin més importants que els atacats), en l'**estat de necessitat** només es pot obligar el tercer a suportar la lesió dels béns (situats en igualtat amb els de l'altre subjecte) si resulta imprescindible per a evitar un mal més gran, perquè com que no és responsable de la situació de perill ni ha lesionat l'ordenament jurídic, una altra cosa resultaria clarament injusta.

La regulació de l'estat de necessitat en el nostre Codi (en la mesura que exigeix que "el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar") ha donat peu a una intensa polèmica en el si de la doctrina entorn dels supòsits en què tots dos mals es puguin considerar equivalents.

L'opinió doctrinal majoritària en el nostre país acull l'anomenada **teoria de la diferenciació**, que atribueix a l'estat de necessitat en aquests supòsits la naturalesa de causa d'exculpació i no de justificació. D'aquesta manera, l'article 20.5 del CP recolliria simultàniament un estat de necessitat justificant (per als casos en què el mal produït sigui efectivament menys important que l'evitat, en els quals la conducta es considera jurídicament correcta), i un merament excloent de la culpabilitat o imputació subjectiva (aplicable als supòsits de mals equivalents). En el segon cas, l'ordenament no pot optar per un dels pols

#### Exemple

Actua en estat de necessitat l'excursionista que per a evitar morir durant una tempesta entra en una casa de muntanya aliena i causa destrosses a la porta.

#### La taula de Carnèades

Un exemple clàssic, conegut com la taula de Carnèades, és el de dos naufrags que estan agafats a una taula, la qual només pot suportar el pes d'un. Per a sobreviure, un dels dos força l'altre a deixar anar la taula, de manera que mor ofegat.

en conflicte o l'altre, i no és possible, per tant, considerar jurídicament correcta (és a dir, justificada) la conducta que sacrifica l'un en detriment de l'altre. Més aviat, el que passa en aquests casos és que el subjecte que lesiona el bé jurídic aliè estaria en una situació extrema de conflicte personal, en la qual l'ordenament no li pot retreure que hagi sacrificat interessos aliens per tal de salvar els propis de la mateixa importància (el dret no exigeix comportaments heroics). Es tractaria, per tant, d'una **situació d'inexigibilitat** d'una altra conducta que fa desaparèixer el retret per l'incompliment de l'obligació personal de no lesionar béns jurídics aliens (norma subjectiva de determinació). Més endavant, en el mòdul corresponent, estudiarem més detalladament aquest estat de necessitat exculpant.

Tornant a l'estat de necessitat pròpiament justificant, és interessant comentar que es tracta d'una causa de justificació "versàtil". A diferència de la legítima defensa, que s'aplica a situacions en general bastant semblants entre si, l'estat de necessitat es pot suscitar en un ventall de casos molt més heterogenis.

### 3.2. La situació de necessitat

Passem a examinar els requisits de l'estat de necessitat com a causa de justificació. Tanmateix, abans d'aturar-nos en les tres exigències que es detallen en l'article 20.5, és imprescindible que ens endinsem en el que podríem anomenar el *pressupost previ* d'aquests requisits: la situació de necessitat, a la qual el Codi només al·ludeix difusament quan, al començament de la regulació d'aquesta causa, estableix que quedarà exempt de responsabilitat qui actua "en estado de necesidad, [actúe] para evitar un mal propio o ajeno [...]". Aquest estat o situació de necessitat es pot definir com la situació de perill per a un bé jurídic propi o aliè que només es pot conjurar amb la lesió d'interessos de tercers:

1) El **perill** ha de tenir el caràcter de **real**, **greu** i **imminent**. Quant a això, la jurisprudència sol rebutjar les situacions de meres dificultats econòmiques com a origen d'un risc immediat i concret per a béns jurídics, per la qual cosa es desestima l'estat de necessitat respecte dels actes típics (sovint, delictes patrimonials o de tràfic de drogues) en què s'al·lega aquesta precarietat econòmica com a base de la justificació (STS del 8 de febrer de 2002 i del 22 d'abril de 2002). Només quan la precarietat és apressant i impedeix satisfer necessitats bàsiques (el que es coneix com a "furt famèlic o miserable") s'aplica l'eximent complet si, a més a més, s'acredita la subsidiarietat (per a petites infraccions patrimonials, per exemple, SAP de Ciudad Real del 21 de novembre de 2001, o en usurpació d'immoble, SAP de Castelló del 26 de novembre de 2004). L'eximent incomplet se sol aplicar en casos de necessitats bàsiques però en els quals o bé no se satisfà la subsidiarietat (buscar feina, sol·licitar ajuts socials, etc.), o bé el mal causat és de gran importància (per exemple, tràfic de drogues; vegeu SSTs del 30 d'octubre de 2000 i del 26 d'octubre de 2001). En qualsevol cas, cal precisar que l'exigència de la imminència del perill només té sentit on el transcurs del temps permetria una atenuació o desaparició del conflicte. En canvi,

si això no fos possible (com passa amb l'embaràs que ja se sap que esdevindrà perillós per a la vida o la salut de la mare, tot i que encara no ho sigui en el moment en què s'actua), el manteniment d'aquesta exigència no té cap lògica.

2) L'única manera de salvar els béns en perill ha de ser la lesió d'interessos aliens. Encara que la jurisprudència no ho sol fer (tendeix a requerir sense més ni més que la necessitat tingui un caràcter absolut), aquesta exigència es podria desgregar (tal com proposa un sector doctrinal i un corrent jurisprudencial) en dos nivells diferents: en primer lloc, hi ha d'haver el que podem denominar la **necessitat abstracta** de vulnerar béns jurídics, que hem de considerar un requisit essencial. Així, si hagués estat possible salvaguardar els béns en perill mitjançant una actuació perfectament respectuosa dels interessos de tercers, no es pot apreciar estat de necessitat ni en la variant completa ni incompleta. En segon lloc, s'exigiria l'anomenada **necessitat concreta** o **subsidiarietat**, referida al caràcter imprescindible del mitjà concret escollit per a resoldre la situació de perill. Partint del fet que només es pot conjurar amb el sacrifici d'interessos protegits jurídicament, d'entre totes les possibilitats s'ha d'haver optat per la menys lesiva, de manera que si el subjecte tenia a la seva disposició altres alternatives menys invasores, ens trobaríem davant un cas d'excés intensiu (en la nostra opinió, reconduïble a la circumstància incompleta).

Per la seva banda, la jurisprudència sol considerar la subsidiarietat com una exigència essencial l'incompliment de la qual impedeix fins i tot l'eximent incomplet (SSTS del 25 de gener de 2001 o del 2 d'octubre de 2002). No obstant això, algunes vegades es tracta com a requisit no essencial i s'aplica l'incomplet (STS del 13 de juny de 1991; ho admet la STS del 30 d'octubre de 2000).

### 3.3. Requisits de l'estat de necessitat

D'acord amb l'article 20.5 del CP, l'afirmació de la concurrència de l'estat de necessitat exigeix un seguit d'elements que aborden tot seguit.

#### 3.3.1. Que el mal causat no sigui més important que el que s'intenta d'evitar

Aquesta primera exigència legal obliga l'intèrpret a fer una ponderació entre tots els béns jurídics i els interessos en joc per a poder determinar si en efecte era procedent sacrificar-ne alguns per evitar un mal més important (ja hem al·ludit a la polèmica entorn dels casos d'equivalència de mals). De vegades, aquesta tasca dóna lloc a un resultat molt clar, però en moltes altres no succeeix el mateix, tant per l'heterogeneïtat dels interessos en conflicte com per l'existència d'implicacions que van més enllà dels simples béns en conflicte.

#### Exemple

Causar danys materials d'escassa importància per salvar la vida o la integritat física d'un mateix o d'un tercer.

Un possible criteri per a intentar de resoldre la qüestió es basaria en la jerarquia de béns jurídics que sembla deduir-se del mateix Codi penal, d'acord amb la més o menys gravetat de les penes amb les quals apareixen sancionats els atacs a cada un. Tanmateix, avui està clarament admès que la utilització aïllada d'aquest criteri podria conduir a solucions indesitjables.

Així, segons un exemple molt comú en la doctrina, l'aplicació simple d'aquest raonament semblaria conduir a justificar el fet que una persona patís contra la seva voluntat l'extracció d'un òrgan per a trasplantar-lo a qui el necessita per a sobreviure, ja que, tenint en compte les penes assignades a les lesions respectives, en el Codi penal el bé vida gaudiria de més rang que la mera salut i integritat físiques.

Enfrontada a aquest tipus de dificultats, la doctrina ha recorregut a diversos expedients, com el d'exigir que l'acció salvadora s'adeqüi a les valoracions ètico-socials (cosa que no succeiria en el supòsit utilitzat com a exemple) o acudir a la idea rectora de la dignitat humana, de manera que no sigui possible justificar la lesió d'un bé jurídic per a salvar-ne un altre en principi de més importància si això va acompanyat d'una lesió d'aquest paràmetre essencial del nostre ordenament (cosa que s'esdevindria, per exemple, sempre que s'utilitzés el cos d'una persona contra la seva voluntat com a mer instrument de salvació d'una altra). Certament, la qüestió no admet solucions automàtiques. Encara que hi ha una cosa que sí que sembla indubtable, i és que, per a ser correcta, la tasca de ponderació requereix que es tinguin en compte tots els béns jurídics implicats, i no solament els que semblin estar-ho d'una manera més immediata (cosa que exigeix, sens dubte, tenir en compte la dignitat personal i l'autodeterminació del subjecte passiu de l'acció típica), i també altres factors rellevants, com ara el grau de perill o de lesió a què es veuen sotmesos els béns en conflicte.

Com a factor que s'ha de tenir en compte en aquesta ponderació global de tots els interessos implicats hem d'esmentar el **principi de la distribució de béns prèvia**, ja que l'ordenament jurídic té un caràcter conservador en el sentit afavoridor de *l'statu quo*. Aquesta idea és la que explica, utilitzant un exemple doctrinal clàssic, que no es pugui justificar l'actuació del qui porta un abric de pells luxós que, per a evitar que es faci malbé en un fort xàfec, arrabassa el paraigua a qui vesteix una peça molt menys costosa. Per més que el subjecte pretengués preservar un bé material de més valor que el de l'altra persona, l'alteració de la distribució prèvia de béns que comporta la seva conducta representa que, considerada en conjunt, produeixi més mal que el que pretén evitar, fet que n'impedeix la justificació.

La idea també es pot aplicar per dilucidar si davant tenim mals desiguals o equivalents. Així, en una variant de l'exemple de la taula de Carnèades, si després d'un naufragi A està agafat a una taula que només suporta el pes d'una persona i veu com B s'hi acosta amb la intenció de salvar-se a costa d'ell (d'A), no es pot dir que estiguem davant un conflicte entre béns iguals (vida contra vida) dels que en principi donarien lloc a un estat de necessitat exculpant: la distribució prèvia de béns afavoreix A i motiva que la seva conducta de no permetre que B s'agafi a la taula (de la qual cosa se'n deriva la mort de B) es pugui considerar justificada.



La jurisprudència ha admès tres possibilitats de gradació segons el resultat que doni la ponderació entre el mal causat i l'evitat (SSTS del 8 d'octubre de 1996 o del 2 d'octubre de 2002).

- 1) Es causa un mal inferior al que s'evita: eximent complet.
- 2) Es causa un mal lleugerament superior al que s'evita: eximent incomplet.
- 3) Es causa un mal clarament superior al que s'evita: sanció.

**Exemples jurisprudencials d'apreciació de la justificació completa pel fet que el mal evitat és més important que el causat**

la STS del 29 de maig de 1997 justifica un fet típic de falsedats comès per un secretari judicial, que va adreçar un ofici fals a la policia perquè posés en llibertat un subjecte detingut indegudament (preval el fet d'evitar una privació injusta de llibertat sobre la lesió de la fe pública); i la SAP de Saragossa del 15 de juny de 1999 justifica un fet típic de trencament de condemna comès per un subjecte privat del permís de conduir que es posa al volant per traslladar un tercer a un centre hospitalari (preval el fet d'evitar un perill greu per a una vida humana sobre l'interès de l'Administració de Justícia en el compliment de les condemnes).

**3.3.2. Que la situació de necessitat no hagi estat provocada de manera intencionada pel subjecte**

Aquest requisit planteja diverses qüestions discutibles:

- En primer lloc, hem d'aclarir que, tal com aclareix la doctrina majoritària, l'objecte de la provocació excloent de la justificació ha de ser realment la situació de necessitat, és a dir, el mateix conflicte entre béns jurídics. Per tant, per a descartar la justificació no n'hi ha prou amb el fet que el subjecte hagués provocat d'una manera intencionada la situació de perill prèvia a la col·lisió d'interessos i que no necessàriament havia d'haver desembocat en aquesta última.

Qui provoca intencionadament un incendi per a cobrar una assegurança i després ha de destrossar béns aliens per a evitar-se mals físics no ha provocat intencionadament la situació de necessitat (ja que el conflicte amb la propietat aliena ha sorgit posteriorment i no s'havia de produir necessàriament), sinó únicament la situació de perill prèvia a aquest conflicte. L'acció típica de danys sí que es pot emparar, per tant, en l'estat de necessitat.

- En segon lloc, la doctrina majoritària entén, i amb raó, que la provocació intencionada només comprèn la dolosa (tant si és amb dol directe com eventual); és a dir, els casos (certament infreqüents a la pràctica) en què el subjecte actua buscant la situació de conflicte d'interessos (o coneixent l'altíssima probabilitat de què aquesta es produís i acceptant tal cosa), precisament per haver de fer després un comportament típic per a resoldre-la. L'esmentada identificació de la provocació intencional amb la dolosa exclou els casos de mera provocació imprudent, que es podrien emparar, per tant, en estat de necessitat.

### Actuacions imprudents en el trànsit

En la pràctica, els exemples més freqüents es refereixen a actuacions imprudents en el trànsit rodat. A duu a terme un avançament clarament negligent en un lloc sense visibilitat. Per a evitar xocar amb el cotxe que s'aproxima en direcció contrària, gira brusca-ment cap a la dreta, col·lisió amb una parada que hi ha al marge de la carretera i causa nombrosos danys materials.

En principi, la conducta típica per a resoldre una situació de conflicte provocada d'una manera imprudent es podria emparar en un estat de necessitat (tot i que la jurisprudència majoritària tendeix a solucionar aquests supòsits negant d'entrada l'aplicabilitat d'aquest estat de necessitat). Ara bé: en aquests casos el que es pot justificar és l'acció típica dolosa que s'ha dut a terme (perquè, seguint amb el nostre exemple, en optar per girar a la dreta i causar danys materials, A es comporta dolosament), cosa que no impedeix, tanmateix, que (aplicant l'estructura de l'*actio libera in causa*) pugui subsistir responsabilitat a títol d'imprudència pel resultat causat en virtut d'un comportament negligent previ.

#### 3.3.3. Que el subjecte no tingui obligació de sacrificar-se per raó del seu ofici o càrrec

El fet que determinades professions i càrrecs impliquin l'assumpció voluntària de certs riscos (bombers, socorristes, etc.) motiva que no s'aprecii l'estat de necessitat complet si el subjecte es pretenia protegir d'un risc inherent, i que, per tant, tenia un deure jurídic de suportar. Es tracta d'un **requisit no essencial**, de manera que incomplir-lo no obstaculitza l'apreciació de l'estat de necessitat incomplet. Malgrat tot, hem de fer algunes precisions en aquest sentit:

- Ha de quedar clar que s'ha de tractar d'un risc dels que són inherents a la professió, i que en cas contrari no hi ha cap impediment per a acceptar l'estat de necessitat.

#### Jurisprudència

Com a clar exemple d'una apreciació inadequada d'aquest requisit podem esmentar l'STS de 29 d'octubre de 1951, relativa a una falsedat en document públic comesa per un funcionari interí que cercava l'obtenció de fons amb els quals pretenia procurar un tractament a la seva dona que estava malalta. El TS va al·legar per rebutjar la justificació completa, entre d'altres, que el funcionari tenia pel fet de ser-ho l'obligació de sacrificar-se, apreciació clarament inadequada perquè el fet de ser funcionari públic no té res a veure amb l'obligació de suportar riscos per a la salut pròpia o d'un familiar pròxim. Òbviament, es tractaria d'una qüestió diferent si en aquest cas concret s'haguessin satisfet altres requisits de la justificació com els relatius a la subsidiarietat.

- D'altra banda, la doctrina també tendeix a interpretar aquest requisit en el sentit que tot **deure jurídic d'assumir riscos té límits**, de manera que no podem excloure d'una manera absoluta aquesta classe de professionals de la possibilitat de justificació plena, fet que permetria, per exemple, d'aplicar-la en supòsits de desproporció greu entre els béns en conflicte.

S'ha de decidir, en tot cas, que aquest requisit té una incidència gairebé nul·la en la pràctica, ja que no s'utilitza mai com a argument per a denegar la justificació.

## 4. El compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec

En tercer lloc, abordem l'estudi de la causa de justificació de compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec.

### 4.1. Sentit i fonament

L'explicació d'aquesta causa de justificació, mitjançant la qual l'elenc de justificants amb efectes en l'àmbit penal s'amplia a les normes procedents de la resta de l'ordenament, resideix en la mateixa **unitat de l'ordenament jurídic**, la coherència del qual es posaria en dubte si consideréssim penalment il·lícits comportaments que un altre sector del mateix sistema jurídic considera obligatoris (deures) o que, com a mínim, autoritza (drets). De fet, sovint s'ha assenyalat que es tracta d'una especificació supèrflua ja que, encara que l'article 20 CP no contingués aquesta clàusula, la unitat i coherència de l'ordenament obligarien a considerar legítims els comportaments típics que al seu torn constituïssin un dret o deure consagrats com a tals en altres sectors del dret. Per això altres regulacions, com per exemple l'alemanya, no esmenten expressament aquesta causa de justificació.

Tanmateix, també podem defensar que la seva previsió no és tan innecessària, ja que almenys serveix de recordatori de la necessitat de posar en connexió les regulacions penals amb la resta del sistema, al marge d'incorporar el principi de legalitat en l'àmbit de les causes de justificació (és el mateix Codi penal el que, en la clàusula de l'article 20.7, admet expressament causes de neutralització de l'antijuridicitat diferents de les pròpiament penals).

D'altra banda, nombrosos autors opinen que l'essència del precepte està en la referència al compliment d'un deure o en l'exercici legítim d'un dret. La referència a l'ofici o càrrec no tindria substantivitat pròpia, sinó que més aviat succeiria que l'acompliment d'un ofici o càrrec constituïria una font de deures o drets. En qualsevol cas, com que el Codi no especifica requisits ulteriors, el que s'ha d'entendre és que el fet típic queda justificat **sempre que el subjecte es comporti dins els límits propis del seu deure, dret, ofici o càrrec** (només llavors estem davant un exercici "legítim"), límits que haurem de deduir de la seva regulació en el sector de l'ordenament respectiu (civil, administratiu, etc.).

Com a part d'aquesta introducció a la causa de justificació que ara ens ocupa hem de tornar a tractar d'una qüestió que ja hem esmentat abans amb caràcter general (*supra*, 1.5). En referir-nos a l'anomenat *examen d'acord amb el deure*, concloïem dient que en principi incorre en un error (i s'ha de sotmetre a les seves regles) qui, malgrat haver examinat amb cura l'existència dels pressupòsits

objectius de la justificant, va arribar a la conclusió errònia que concorrien quan en realitat no era així. Ara bé, precisament en aquest àmbit del compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec ens trobem que, determinades vegades, el legislador es conforma expressament amb l'examen curós de la situació, encara que finalment resultés que no concorria la situació objectivament justificant, i admetia directament la justificació (sense remetre's, per tant, a les regles de l'error).

L'article 492.4t. de la Llei d'enjudiciament criminal obliga l'agent a detenir la persona respecte a la qual es tinguin motius "racionalment" suficients per a sospitar que ha participat en un delicte. Això significa que és possible justificar l'agent (per l'article 20.7 del CP en connexió amb aquest precepte de la llei) que practica la detenció, encara que *ex post* es demostrï que el subjecte no havia comès cap delicte, sempre que d'acord amb un judici racional general hi hagués un fonament *ex ante* per creure-ho.

El fet que en aquests casos es justifiqui, malgrat el fet que en principi el resultat de la conducta típica no es pugui considerar valuós, no comporta una desviació del principi de la ponderació d'interessos (i la preservació de l'interès preponderant) que hem apuntat abans com a fonament general de la justificació. I és que, en realitat, si el legislador opta per concedir-la en aquests casos és perquè, al capdavant, hi ha un interès prevalent perquè, amb caràcter general, es duguin a terme conductes anàlogues a la que s'ha dut a terme, ja que només així es pot garantir el correcte funcionament de determinats aparells estatals (en el nostre exemple, el policíac i de justícia). L'interès general en l'Administració de justícia correcta requereix justificar la detenció sobre una sospita racional, encara que després es demostrï falsa, i això preval sobre l'interès de l'individu afectat (Carbonell Mateu, Cobo del Rosal / Vives Antón).

A continuació, seleccionarem alguns dels supòsits de més incidència d'aquesta causa de justificació, que disposa d'un camp d'aplicació molt ampli, atesa la gran diversitat de drets i deures que podrien donar peu a justificar conductes típiques, al seu torn, són molt variades entre elles.

#### **4.2. L'exercici de drets constitucionals**

Després d'haver admès l'indiscutible caràcter normatiu (i no merament programàtic) de la Constitució, resulta obvi que és font de vertaders drets (alguns dotats del màxim rang de fonamentals). De vegades pot succeir, encara que certament no sigui l'habitual, que l'exercici d'un d'aquests drets impliqui la lesió de béns jurídics protegits penalment. Si és aquest el cas, s'ha de dur a terme la tasca de ponderació necessària, que pot consistir en la justificació del comportament típic.

L'exercici dels drets fonamentals a la llibertat d'expressió (article 20.1.a CE) i d'informació (article 20.1.d) pot arribar a justificar la lesió de l'honor. Precisament entorn d'aquest conflicte hi ha una rica i matisada jurisprudència del Tribunal Constitucional que ha de servir de guia al jutge penal a l'hora de dirimir l'aplicabilitat de la causa de justificació de l'article 20.7 a comportaments en principi típics d'injúries que pretenguin emparar-se en l'exercici d'aquestes llibertats.

### 4.3. L'ús de la violència pels membres de les forces i els cossos de seguretat

Sens dubte, la tasca d'aquests professionals (Policia Nacional i Guàrdia Civil, policies autonòmiques i locals) implica la possibilitat d'un ús de la violència que pot, al seu torn, desembocar en resultats típics de lesions o, fins i tot, d'homicidi. En aquest context es tracta de perfilar, amb l'ajuda de la Llei orgànica de forces i cossos de seguretat de 1986, els límits d'aquesta utilització legítima de la violència a l'efecte d'emparar la conducta típica corresponent sota la causa de justificació que ens ocupa.

En primer lloc, i encara que es tracta d'una qüestió òbvia, hem d'esmentar el **requisit que l'agent estigui exercint les seves funcions**, és a dir, que la violència sigui exercida en l'acompliment d'una funció pública pròpia del càrrec (per exemple, procedir a la detenció davant el compliment de determinades circumstàncies o mantenir l'ordre públic). L'ús de la força per part d'un agent per motius personals o privats no entraria dins la causa de justificació. En qualsevol cas, no hem de confondre mai aquesta qüestió amb el fet que la mateixa LOFCS, en el seu article 5.4t., obliga a intervenir els membres d'aquests cossos "en qualsevol temps i lloc, tant si estan de servei com si no, en defensa de la llei i de la seguretat ciutadana".

D'altra banda, la doctrina ha anat perfilant els límits d'aquest ús legítim de la força d'acord amb la idea fonamental que aquest ús resulti **necessari** per a complir les funcions que aquests professionals tenen encomanades per l'ordenament. Això es correspon, a més, amb els **principis establerts per la mateixa LOFCS**, de 1986, l'article 5.2 de la qual estableix que en el compliment de les seves funcions els agents s'han de regir pels "principis de congruència, oportunitat i proporcionalitat a la utilització dels mitjans al seu abast".

#### Ús d'armes de foc

Pel que fa al supòsit específic d'ús d'armes de foc reglamentàries, el mateix article 5.2 de la llei estableix que "sólo podrán utilizar sus armas en las situaciones en que exista un riesgo racionalmente grave para su vida, su integridad física y las de terceras personas, o en aquellas circunstancias que puedan suponer un grave riesgo para la seguridad ciudadana y de conformidad con los principios a que se refiere el apartado anterior".

En aquest sentit se sol exigir, en primer lloc, una **necessitat abstracta** de l'ús de la violència per a complir una funció inherent al càrrec, requisit essencial l'absència del qual implica la impossibilitat d'apreciar la causa de justificació completa o incompleta. En relació amb aquesta qüestió, actualment és clar, un cop superades les vacil·lacions jurisprudencials al respecte, que no cal que l'agent sigui objecte d'una agressió il·legítima per poder fer ús de la violència. Aquesta pot resultar imprescindible, tal com dèiem, per al compliment de les seves funcions, tot i que no hi hagi cap agressió (vegeu, per exemple, la STS del 21 de setembre de 1999).

#### Exemple

No són infreqüents les resolucions que resolen supòsits en els agents que porten l'arma mentre estan fora de servei en locals d'oci i que la fan servir en una disputa personal.

#### Exemple

No hi ha necessitat abstracta de violència quan es practica la detenció d'un subjecte que no oposa cap resistència ni pretén fugir.

En els casos en què és imprescindible fer ús de certa violència, per exemple per a detenir un delinqüent que fuig, s'exigeix, a més, la **necessitat de la violència concreta** utilitzada; és a dir, que el mitjà concret utilitzat no superi el que és necessari per al compliment de la funció. Si la situació requeria l'ús de certa violència, però no de tanta intensitat com la que es va exercir en concret, estarem davant un supòsit d'excés al qual la jurisprudència sol aplicar la circumstància incompleta (vegeu per exemple la STS de 22 de gener de 2005 o la STS de 28 de desembre de 2006, aquesta última referida al funcionari penitenciari).

Respecte al que hem vist cal tenir en compte que la necessitat de la violència concreta va íntimament unida a la idea de proporcionalitat (un dels principis de la LOFCS), ja que l'ús de la violència ha de **ser proporcional a la gravetat i perillositat del comportament previ del subjecte** sobre el qual s'exerceix, és a dir, a la gravetat del fet motivador de la força. D'aquesta manera, en el cas del delinqüent que fuig, el TS estima que l'ús necessari de la violència ha d'atendre el delictes comès prèviament i legitimar que es dispari al cos (després d'intents intimidatoris previs) només si no hi ha altres mitjans i si el delictes comès era molt greu.

#### 4.4. El dret de correcció avui derogat

Un dels exemples més tradicionals de l'exercici d'un dret amb efecte justificant ha estat des de fa temps el que es coneix com a *dret de correcció* que el Codi civil (articles 154.2 i 163) atribuïa a pares i tutors sobre els fills menors no emancipats i els sotmesos a tutela, respectivament. El seu exercici, que per tal de ser lícit i poder tenir uns efectes justificants havia de ser en tot cas "moderat", a més a més d'estar presidit per un propòsit educatiu real, podia eventualment emparar conductes típiques d'amenaques, coaccions, detencions il·legals breus (prohibició de sortir de l'habitació o de la casa) o fins i tot lesions (si bé la justificació només arribaria a les lesions de molt poca importància, a tot estirar constitutives de falta).

Doncs bé, l'evolució de la nostra societat cap a concepcions cada vegada més restrictives d'aquest dret de correcció, i molt especialment en allò que fa referència al càstig corporal, ha culminat amb l'eliminació de la seva consagració normativa gràcies a la modificació dels preceptes civils esmentats per la Llei 54/2007. Cal reconèixer, tanmateix, que amb això no s'ha aconseguit donar una solució enterament satisfactòria als supòsits de càstigs corporals lleus (bufetades), sobretot davant de l'enorme severitat de l'article 153 del CP, que converteix en delictes (i no en mera falta) qualsevol maltractament d'obra, també l'ocasional, sobre una persona especialment vulnerable que convisqui amb l'autor (la qual cosa inclourà, en principi, els fills menors). Amb la regulació vigent actualment, podrem trobar-nos per tant amb accions correctives lleus

que, tot i ser ocasionals, es continuen considerant socialment adequades però que, no obstant això, una vegada desaparegut el dret de correcció, poden rebre pena de presó (amb l'alternativa dels treballs en benefici de la comunitat) més, en tot cas (article 57.2 del CP), la pena accessòria d'allunyament de la víctima de l'article 48.

#### **4.5. L'exercici de certes professions**

Hi ha diverses professions l'exercici de les quals pot comportar la realització de conductes penalment típiques. Aquest pot ser el cas, per exemple, de l'advocacia; en l'exercici de la defensa dels interessos del reu o de l'acusació particular, l'advocat pot arribar a realitzar conductes lesives, per exemple, de l'honor (injúries, calúmnies) d'altres persones, que resultarien justificades en la mesura que resultessin impescindibles per a la defensa dels seus clients i sempre dins dels límits de l'exercici professional correcte.

L'exercici de la medicina, en especial referent al tractament mèdic quirúrgic, planteja qüestions interessants que posen en relleu la necessitat de delimitar correctament l'àmbit de l'exercici legítim de la professió o l'ofici de què es tracta. Així, en el cas del tractament coactiu imposat a un pacient contra la seva voluntat, algun autor ha entès que aquesta lesió de la llibertat (o fins i tot de la integritat física) del malalt es pot justificar (a més de per estat de necessitat, causa que al nostre judici tampoc no és aplicable) en virtut de l'exercici legítim de la professió mèdica, en estimar que la *lex artis* que la regeix autoritzaria el facultatiu a fer tot el possible per a aconseguir el guariment del pacient que té al seu càrrec. Això és discutible en gran mesura, precisament perquè no és gens clar que aquest sigui el principi rector de l'exercici professional de la medicina sense fer atenció a cap altre. Com vam comentar en començar l'estudi d'aquesta causa de justificació, a l'hora de decidir-ne l'operativitat cal acudir a les normes respectives de delimitació de l'exercici legítim de la professió corresponent, cosa que, en aquest cas, ens remet a la Llei 41/2002 d'Autonomia del Pacient.

Aquesta llei no es dedueix en absolut la visió que hem esmentat, sinó que, en sentit contrari, es trasllueix l'exigència fonamental de tenir el consentiment previ del pacient a qualsevol intervenció sobre la seva persona; si això és així, ja no podem dir que el metge que actua contra la voluntat del pacient ho faci dins els límits establerts per la *lex artis*, de manera que el delictes produït (en aquest cas el de coaccions, o segons un sector doctrinal, el de lesions) no es podria justificar per l'article 20.7 del CP.

Els únics casos en què l'exercici legítim de la professió permet actuar sense el consentiment del pacient són els expressament previstos per la Llei 41/2002 o per la LO 3/86, de mesures especials en matèria de salut pública, a la qual es remet.



#### 4.6. Els presumptes mandats antijurídics obligatoris

Després que desaparegués del CP de 1995 la desafortunada eximent de l'"obediència deguda", resulta clar que és en el si de la causa de justificació que ara ens ocupa on ens hem de plantejar la qüestió següent: és possible que hi hagi mandats jurídics de contingut delictiu i de compliment obligat per l'inferior jeràrquic a qui van adreçats, el qual es veuria justificat a causa d'un presumpte deure d'obeir-los?

Com assenyalen Cobo del Rosal i Vives Antón, des d'una perspectiva objectiva de l'antijuridicitat com la que es defensa aquí, la resposta ha de ser sens dubte negativa. I és que, en efecte, seria contradictori que un simple deure d'obediència mancada de tot substrat valoratiu (en la mesura que partim del fet que es tracta d'una ordre contrària al dret) fos capaç de neutralitzar el desvalor inherent al comportament típic, per definició lesiu o perillós respecte de béns jurídics. Per tant, la posada en pràctica d'aquesta conducta no pot emparar-se en un presumpte deure d'obediència d'ordres superiors. És una altra qüestió, òbviament, si el subjecte es troba incurs en un error de prohibició (és a dir, que actués convençut de trobar-se jurídicament emparat) o en una situació d'inexigibilitat que poguessin arribar a eliminar-ne o, més probablement, a atenuar-ne la responsabilitat penal.

#### 4.7. La col·lisió de deures

Resulta doctrinalment controvertit si aquesta figura (l'incompliment d'un deure que dona lloc a una conducta típica i que és duu a terme precisament per a satisfer-ne un altre) s'ha d'incardinar en l'estat de necessitat o en la causa que ara ens ocupa. Al nostre parer, aquesta és la ubicació del problema més adequada –perquè, en definitiva, es tracta de justificar un fet típic en virtut del compliment d'un deure–, i l'acció s'ha d'estimar jurídicament emparada si, després de dur a terme la ponderació corresponent entre la totalitat dels béns jurídics i els interessos a la tutela dels quals obeeixen els dos deures en conflicte, es va donar compliment al que tingués un rang més elevat.

Un banyista presencia que dues persones tenen serioses dificultats per sortir de l'aigua. S'adona que una és el seu fill petit i desatén l'altra per socórrer el fill. L'omissió de socors respecte a la segona persona està justificada pel compliment del deure prevalent relatiu a la salvació del fill, reforçat pel fet que hi ha una posició de garantia específica.

## 5. El consentiment

Hi ha delictes per a la verificació dels quals és conceptualment necessària la vulneració de la voluntat de la víctima, de manera que si hi ha consentiment del subjecte passiu desapareix tot element lesiu de la conducta.

En aquests casos, per tant, la presència d'aquest consentiment (sovint denominat *acord per la doctrina*) no neutralitza l'antijuridicitat del comportament, sinó que impedeix la mateixa tipicitat.

Perquè es doni una violació de domicili que lesioni la intimitat o la inviolabilitat de domicili és essencial que s'entri o es romangui en una casa aliena contra la voluntat de l'habitant, de la mateixa manera que perquè hi hagi detenció il·legal que lesioni la llibertat deambulatòria cal que es tanqui o detingui una persona en contra de la seva voluntat. Si l'habitant o el detingut consenten que aquesta entri a casa seva o accedeixen a acompanyar-lo, la conducta del subjecte actiu no és lesiva. Passa el mateix en el cas del furt o del robatori, ja que si es pren la cosa aliena amb consentiment de l'amo esdevé conceptualment impossible parlar d'aquestes conductes típiques.

Al contrari, en altres casos el fet que hi hagi consentiment de la víctima no elimina la lesió al bé jurídic.

Si una persona accepta sotmetre's a pràctiques sadomasoquistes amb la conseqüència de patir unes lesions, certament la presència del consentiment no exclou l'agressió a la integritat física, que s'ha produït amb independència que el subjecte consentís la lesió. En aquest supòsit no desapareix la tipicitat de la conducta, sinó que el que s'ha de discutir, en tot cas, és si el consentiment pot constituir una causa de justificació que neutralitzi el desvalor inicial del comportament; és a dir, si es tracta d'un cas en què l'ordenament aprova aquesta lesió al bé jurídic.

El consentiment no es preveu expressament en el catàleg de causes de justificació de l'article 20 del CP. Per tant, no hi ha una regulació general del consentiment que el declari com a causa de justificació a la manera de la legítima defensa o l'estat de necessitat. En realitat, el que fa el CP és preveure la seva concurrència en certs supòsits de la part especial i atorgar-li unes conseqüències jurídiques determinades. Així es preveu en el cas de les lesions en els articles 155 i 156, i s'hi dóna eficàcia justificant tan sols respecte a alguns supòsits específics (operacions de cirurgia transsexual, trasplantaments d'òrgans i esterilitzacions) i circumstància atenuant en la resta dels casos. D'altra banda, la qüestió també es preveu expressament en l'article 143.3 respecte a l'homicidi consentit, però no per concedir una eficàcia justificant a aquesta circumstància, sinó només per donar-li l'efecte de disminuir la pena respecte a l'homicidi ordinari. En qualsevol cas, estudiarem aquests supòsits en concret quan arribem al delicte corresponent de la part especial.

Finalment, només queda assenyalar que la doctrina penal ha anat elaborant una teoria general del consentiment per a determinar quins requisits ha de satisfer per a fer desaparèixer la tipicitat en els casos en què aquest sigui l'efecte que es dedueix del mateix CP, i també per a aconseguir la justificació o la simple atenuació en els casos en què es preveu (determinades lesions, per exemple), si bé és cert que en aquests últims casos és freqüent que sigui el mateix legislador qui especifiqui les característiques que vol exigir a la manifestació de voluntat del subjecte passiu. Pel que fa a aquest aspecte, se sol assenyalar que el subjecte que consent ha de posseir l'anomenada **capacitat natural de judici** per a comprendre el significat i les conseqüències del seu consentiment (que no s'identifica, per cert, amb la majoria d'edat civil), a la qual cosa s'afegeix l'**absència de vicis de la voluntat** (com l'error, la coacció o l'engany) que invaliden el consentiment prestat.

## Resum

La justificació o neutralització de l'antijuridicitat del comportament típic constitueix un apartat essencial de la teoria del delictes en què, si es considera aquest delictes tenint en compte la totalitat de l'ordenament jurídic i dels interessos implicats, es dirimeix si la conducta ha produït un resultat més valuós per al dret que el perjudici que implica la lesió o posada en perill de béns jurídics que comporta tota tipicitat. Si és així, estariem davant un comportament jurídicament correcte, no desvalorat pel dret, cosa que comporta conseqüències fonamentals de cara a la impunitat de la participació de tercers, la impossibilitat d'imposar mesures de seguretat a qui el duu a terme o l'absència de responsabilitat civil.

El nostre Codi penal recull en l'article 20 una sèrie de causes (legítima defensa, estat de necessitat i compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec) que permeten de considerar el fet típic com a justificat. Totes presenten una sèrie de requisits objectius que, al seu torn, es divideixen en essencials (l'absència dels quals veda la possibilitat d'apreciar la justificant tant completa com incompleta) i inessencials (l'incompliment de les quals permet d'aplicar la circumstància incompleta en virtut de l'article 21.1 del CP). A tot això s'hi afegeix la discutida presència d'un element subjectiu que consisteix en el fet que el subjecte tingui coneixement de la concurrència dels pressupòsits objectius de la causa respectiva i que vulgui actuar d'una manera justificada, una qüestió a la qual la doctrina ha atorgat solucions molt dispars íntimament relacionades amb el concepte d'injust de què es parteixi.

A més d'aquestes qüestions de caràcter general, en aquest mòdul hem tingut ocasió de repassar els diferents requisits de cadascuna de les causes que es regulen en l'article 20 del CP i hem insistit, a més, en algunes qüestions d'especial importància com, per exemple, la diferenciació conceptual entre la legítima defensa i l'estat de necessitat –bàsica per a comprendre les disparitats entre els requisits respectius– o la necessitat de remetre'ns a la regulació extrapenal corresponent per a dirimir la concurrència de la justificació quan es tracta del compliment d'un deure o l'exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec.

## Exercicis d'autoavaluació

### 1. La justificació del comportament típic...

- a) representa que amb aquest comportament no s'ha lesionat cap bé jurídicament protegit.
- b) no elimina la lesió del bé jurídic, però és autoritzada per l'ordenament.
- c) es produeix quan l'autor del fet no té prou intel·ligència i voluntat per a controlar la seva conducta.
- d) totes les respostes anteriors són falses.

### 2. Si un comportament típic està justificat...

- a) subsisteix la responsabilitat criminal de l'autor, però no la dels partícips.
- b) desapareix tota responsabilitat criminal tant de l'autor com dels partícips.
- c) no es pot sancionar l'autor amb una pena, però continua essent possible imposar-li una mesura de seguretat si és criminalment perillós.
- d) l'afectat pot interposar legítima defensa davant seu.

### 3. Les causes de justificació en el nostre dret...

- a) no tenen cap rellevància tret que concorrin tots els seus requisits.
- b) poden donar lloc a una atenuació de la pena si se'n compleixen tots els requisits.
- c) poden operar com a eximents incomplets si manca algun requisit inessencial.
- d) són construccions doctrinals no reflectides en la legislació positiva.

### 4. La falta de coneixement d'un subjecte del fet que el seu comportament compleix els presposits exigits objectivament per una causa de justificació...

- a) és irrellevant i no impedeix la plena justificació segons la majoria de la doctrina.
- b) elimina tota possibilitat de justificació segons la doctrina unànime.
- c) segons el finalisme ortodox, és irrellevant per a la justificació i és possible apreciar-la en la modalitat completa.
- d) és tractat per alguns autors com anàleg a la figura de la temptativa, perquè hi ha desvalor d'acció (entès com d'intenció), però no de resultat.

### 5. L'agressió il·legítima...

- a) ha de procedir d'un subjecte culpable perquè pugui donar lloc a la legítima defensa.
- b) és un requisit inessencial de la legítima defensa, la manca del qual no impedeix l'apreciació de la circumstància incompleta.
- c) només dóna lloc a legítima defensa quan es dirigeix contra la vida o la integritat física de l'atacat.
- d) segons el text, ha de ser penalment antijurídica perquè pugui donar lloc a la legítima defensa.

### 6. El requisit que estableix que el mal causat per la conducta típica sigui inferior que el que s'intenta d'evitar...

- a) és una exigència comuna a la legítima defensa i a l'estat de necessitat, ja que la proporcionalitat estricta forma part de totes dues causes.
- b) s'exigeix a la legítima defensa, però no a l'estat de necessitat, ja que en la primera l'atacant està en una posició d'inferioritat per al dret.
- c) s'exigeix a l'estat de necessitat un justificant, perquè només és just obligar el lesionat al sacrifici dels béns jurídics quan es tracta de preservar-ne altres de més importants.
- d) és una exigència comuna tant en l'estat de necessitat justificant com en l'exculpan.

### 7. La causa de justificació de compliment d'un deure o exercici legítim d'un dret, ofici o càrrec...

- a) es refereix únicament a deures i drets d'origen penal.
- b) mai no es pot aplicar quan l'acció típica es fa en exercici d'un dret fonamental.
- c) sempre empara el subordinat que comet un fet típic en compliment de les ordres dictades per un superior jeràrquic.
- d) totes les respostes anteriors són falses.

### 8. Segons el text, l'estat de necessitat...

- a) opera sempre com a causa de justificació.
- b) opera com a causa de justificació només en cas de conflicte entre béns i interessos del mateix rang.
- c) opera com a causa d'exculpació per inexigibilitat en cas de conflicte entre béns i interessos del mateix rang.
- d) justifica completament encara que el subjecte hagués disposat d'un mitjà menys lesiu per a resoldre el conflicte de béns.

9. Segons el text, el fet que un subjecte hagi provocat imprudentment una situació de conflicte entre béns jurídics...

- a) impedeix per complet de justificar el comportament típic per a resoldre aquesta situació.
- b) no impedeix eximir de tota responsabilitat penal pel comportament típic per a resoldre aquesta situació, tot i que deixa subsistent la responsabilitat civil.
- c) no impedeix de justificar el comportament típic dolós per a resoldre aquesta situació, però subsistiria la responsabilitat per imprudència.
- d) impedeix l'estat de necessitat justificant, però dóna lloc a l'exculpan.

10. El consentiment del titular del bé jurídic afectat per una conducta...

- a) segons els casos, pot eliminar la tipicitat o l'antijuridicitat de la conducta.
- b) sempre elimina la tipicitat de la conducta.
- c) està previst expressament com a causa de justificació general en el Codi penal de 1995.
- d) totes les respostes anteriors són falses.

## **Solucionari**

### **Exercicis d'autoavaluació**

1. b

2. b

3. c

4. d

5. d

6. c

7. d

8. d

9. c

10. a

## Glossari

**agressió il·legítima** *f* Element objectiu essencial de la legítima defensa que consisteix en un atac actual i (penalment) antijurídic als béns jurídics del defensor.

**causes de justificació** *f pl* Supòsits previstos legalment en què la valoració positiva del fet típic com d'acord amb l'ordenament jurídic (i la consegüent absència de responsabilitat del seu autor) se subordina a la concurrència d'una sèrie de requisits.

**causa de justificació putativa** *f* Realització del fet típic per un subjecte erròniament convençut de la concurrència dels requisits objectius de la causa de justificació. Error sobre els pressupòsits objectius d'una causa de justificació (també podeu consultar el mòdul 5).

**col·lisió de deures** *f* Conflicte entre la satisfacció de dues obligacions jurídiques que dóna lloc a la justificació del fet típic (per compliment d'un deure de l'article 20.7 del CP), sempre que amb aquest fet es compleixi el més rellevant dels dos deures implicats.

**consentiment** *m* Aquiescència del subjecte passiu que pot determinar l'atipicitat de la conducta (absència de lesió) o actuar com a causa justificant del fet típic.

**compliment d'un deure** *m* Supòsit de justificació que es preveu en l'article 20.7 i que incorpora deures procedents d'altres branques de l'ordenament jurídic.

**element subjectiu de la justificació** *m* Coneixement, pel subjecte actiu, de la concurrència dels elements objectius de la causa de justificació. La seva absència (és a dir, el seu desconeixement) representa un error invers sobre els pressupòsits objectius d'una causa de justificació (vegeu també el mòdul 5).

**estat de necessitat justificant** *m* Causa de justificació del fet típic (article 20.5 del CP), amb el qual es preserven d'un perill imminent béns jurídics i interessos més rellevants que els lesionats.

**estat de necessitat exculpat** *m* Causa d'exculpació del fet típic per inexigibilitat (vegeu el mòdul 5), que permet de preservar d'un perill imminent béns jurídics i interessos de la mateixa importància que els lesionats (article 20.5 del CP).

**excés extensiu a la legítima defensa** *m* Supòsits d'absència del requisit essencial d'agressió il·legítima i actual.

**excés intensiu a la legítima defensa** *m* Supòsits d'utilització d'un mitjà més lesiu del racionalment imprescindible per a impedir o repel·lir l'agressió il·legítima. Legítima defensa incompleta.

**injust específic** *m* Lesivitat del fet (per vulneració o posada en perill d'un bé jurídic) que constitueix l'essència de la tipicitat.

**injust genèric** *m* Lesivitat del fet típic previst tenint en compte la totalitat de l'ordenament jurídic i dels interessos implicats. La seva no-concurrència determina la justificació del comportament.

**justificació** *f* Judici de valoració positiva del comportament típic i la seva autorització consegüent per l'ordenament després d'una ponderació dels interessos que ha lesionat i preservat.

**legítima defensa** *f* Causa de justificació que es preveu en l'article 20.4 del CP que autoritza a lesionar els béns jurídics d'un agressor sempre que se satisfacin uns requisits determinats.

**justificació completa** *f* Plena autorització del fet típic que es dóna quan se satisfan tots els requisits exigits legalment per la causa de justificació. Circumstància eximent completa.

**justificació incompleta** *f* Autorització només parcial del fet típic que es produeix quan se satisfan els requisits essencials d'una causa de justificació però s'incompleix algun requisit no essencial (articles 21.1 i 68 del CP). Eximent incompleta.

**principi de distribució de béns prèvia** *m* Regla que s'ha de tenir en compte en la ponderació d'interessos en seu d'estat de necessitat, i que respon a l' statu quo del moment de dur a terme el fet típic.

**principi de ponderació d'interessos** *m* Ràtio sobre la qual s'estableixen totes les causes de justificació, que consisteix en un balanç entre tots els béns i interessos lesionats i els preservats simultàniament pel comportament típic.



**situació de necessitat** *f* Pressupost bàsic de l'estat de necessitat que consisteix en un perill per a un bé jurídic propi o aliè que només es pot conjurar amb la lesió de béns o interessos de tercers.

## Bibliografia

**Baldó Lavilla, F.** (1994). *Estado de necesidad y legítima defensa*. Barcelona: J. M. Bosch Editor.

**Carbonell Mateu, J. C.** (1982). *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes*. Madrid: Edersa.

**Gimbernat Ordeig, E.** (1976). "El estado de necesidad: un problema de justificación". A: *Estudios de Derecho Penal* (pàg. 218 i seg.). Madrid: Tecnos.

**Gómez Benítez, J. M.** (1980). *El ejercicio legítimo del cargo*. Madrid: Facultad de Derecho Universidad Complutense.

**Luzón Peña, D. M.; Mir Puig, S. (coord.)** (1995). *Causas de justificación y de atipicidad en Derecho penal*. Pamplona: Aranzadi.