

**EL ESTADO DE NECESIDAD Y EL CASO DE LAS  
DROGAS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL  
SUPREMO.  
UNA CRÍTICA DESDE LA PERSPECTIVA  
LATINOAMERICANA**

**Armando Luis CALLE CALDERÓN**

Dipòsit legal: Gi. 2066-2015  
<http://hdl.handle.net/10803/327318>

**ADVERTIMENT.** L'accés als continguts d'aquesta tesi doctoral i la seva utilització ha de respectar els drets de la persona autora. Pot ser utilitzada per a consulta o estudi personal, així com en activitats o materials d'investigació i docència en els termes establerts a l'art. 32 del Text Refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (RDL 1/1996). Per altres utilitzacions es requereix l'autorització prèvia i expressa de la persona autora. En qualsevol cas, en la utilització dels seus continguts caldrà indicar de forma clara el nom i cognoms de la persona autora i el títol de la tesi doctoral. No s'autoritza la seva reproducció o altres formes d'explotació efectuades amb finalitats de lucre ni la seva comunicació pública des d'un lloc aliè al servei TDX. Tampoc s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant als continguts de la tesi com als seus resums i índexs.

**ADVERTENCIA.** El acceso a los contenidos de esta tesis doctoral y su utilización debe respetar los derechos de la persona autora. Puede ser utilizada para consulta o estudio personal, así como en actividades o materiales de investigación y docencia en los términos establecidos en el art. 32 del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (RDL 1/1996). Para otros usos se requiere la autorización previa y expresa de la persona autora. En cualquier caso, en la utilización de sus contenidos se deberá indicar de forma clara el nombre y apellidos de la persona autora y el título de la tesis doctoral. No se autoriza su reproducción u otras formas de explotación efectuadas con fines lucrativos ni su comunicación pública desde un sitio ajeno al servicio TDR. Tampoco se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al contenido de la tesis como a sus resúmenes e índices.

**WARNING.** Access to the contents of this doctoral thesis and its use must respect the rights of the author. It can be used for reference or private study, as well as research and learning activities or materials in the terms established by the 32nd article of the Spanish Consolidated Copyright Act (RDL 1/1996). Express and previous authorization of the author is required for any other uses. In any case, when using its content, full name of the author and title of the thesis must be clearly indicated. Reproduction or other forms of for profit use or public communication from outside TDX service is not allowed. Presentation of its content in a window or frame external to TDX (framing) is not authorized either. These rights affect both the content of the thesis and its abstracts and indexes.



TESIS DOCTORAL

**EL ESTADO DE NECESIDAD Y EL CASO DE LAS  
DROGAS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL  
SUPREMO. UNA CRÍTICA DESDE LA PERSPECTIVA  
LATINOAMERICANA**

**ARMANDO LUIS CALLE CALDERON**

PROGRAMA DE DOCTORADO EN TURISMO,  
DERECHO Y EMPRESA

DIRECTOR: Dr. JUAN GONZALO ESCOBAR

MARULANDA

GIRONA

2015

### **Resumen:**

La evolución del paradigma prohibicionista ha incidido en múltiples ámbitos jurídicos. No se trata sólo de la producción legislativa en la que toma cuerpo, sino, además, de múltiples líneas jurisprudenciales que se han instalado como escenarios justificacionistas y no correctivos del tratamiento represivo al problema construido sobre las drogas. Este fenómeno no ha sido ajeno ni a la legislación española, ni a la jurisprudencia de sus Tribunales.

La Tesis demuestra que, con seguridad bajo la influencia de la ideología prohibicionista, la doctrina del TSE sobre el tratamiento del estado de necesidad en relación con las drogas le niega cualquier ámbito aplicativo a dicha causa de no responsabilidad penal, ora como justificante, ya como exculpante. Y ello, a contrapelo de las regulaciones del derecho positivo, de conformidad con el cual el bien jurídico de la salud pública sería un interés perfectamente ponderable de cara a las posibilidades del estado de necesidad, y a despecho de la ciencia jurídico-penal, cuyos esfuerzos han sido notables para mostrar las condiciones que harían justificable o disculpable el comportamiento de quien actúe en una situación de necesidad.

Desde una perspectiva multidisciplinar, se pretende describir cómo esa doctrina del TSE que se acusa de anular los efectos del estado de necesidad en los casos relacionados con el tráfico de drogas, se encuentra enmarcada como un instrumento de las políticas globales que han llevado a la criminalización de las drogas.

### **Resum:**

L'evolució del paradigma prohibicionista ha incidit en múltiples àmbits jurídics. No es tracta només de la producció legislativa en la qual pren cos, sinó, a més, de múltiples línies jurisprudencials que s'han instal·lat com a escenaris justificadors i no correctius del tractament repressiu al problema construït sobre les drogues. Aquest fenomen no ha estat aliè ni a la legislació espanyola, ni a la jurisprudència dels seus Tribunals.

La Tesi demostra que, amb seguretat sota la influència de la ideologia prohibicionista, la doctrina del TSE sobre el tractament de l'estat de necessitat en relació amb les drogues li nega qualsevol àmbit aplicatiu a aquesta causa de no responsabilitat penal, ora com a justificant, ja com a exculpat. I això, a contrapèl de les regulacions del dret positiu, de conformitat amb el

qual el ben jurídic de la salut pública seria un interès perfectament ponderable de cara a les possibilitats de l'estat de necessitat, i a menyspreu de la ciència jurídic-penal, els esforços de la qual han estat notables per mostrar les condicions que farien justificable o disculpable el comportament de qui actuï en una situació de necessitat.

Des d'una perspectiva multidisciplinària, es pretén descriure com aquesta doctrina del TSE que s'acusa d'anul·lar els efectes de l'estat de necessitat en els casos relacionats amb el tràfic de drogues, es troba emmarcada com un instrument de les polítiques globals que han portat a la criminalització de les drogues.

### **Summary:**

The evolution of the prohibitionist paradigm has affected many areas of law. It does not only take shape in the production of legislation, but also in multiple lines of jurisprudence that have been set as justificationist rather than corrective scenarios for the repressive treatment of the problem constructed around drugs. This phenomenon has not been alien to Spanish legislation or the jurisprudence of its courts.

This thesis demonstrates that, surely under the influence of the prohibitionist ideology, the doctrine of the Spanish Supreme Court (TSE) on the treatment of necessity in relation to drugs inhibits any application of this motive in order to eliminate criminal responsibility, neither as justification, nor as exculpation. And this, contrary to the regulations of positive law, under which the legal right of public health would be a perfectly worthy interest with respect to the possibilities of necessity, and despite juridical and penal science, which has made significant efforts to show the conditions that would make the behavior of those who act in a situation of necessity justifiable or excusable.

From a multidisciplinary perspective, we aim to describe how the doctrine of the Spanish Supreme Court, which is alleged to annul the effects of necessity in cases related to drug trafficking, finds itself to be an instrument of the global policies that have led to the criminalization of drugs.

## Índice General

Índice General .....	I
Lista de Siglas y Abreviaturas.....	1

### Capítulo Primero

#### **La cruzada en su génesis: una formulación preliminar**

A. El derecho ante la guerra: el modelo de la legislación prohibicionista.....	11
I. La legislación antidroga como sistema autorreferente.....	11
II. Justificaciones de la legislación prohibicionista.....	13
III. Efectos de la legislación prohibicionista en materia de drogas.....	15
1. Corrupción y narcotráfico.....	15
2. Erosión de la protección de derechos fundamentales.....	16
3. Socavamiento de principios básicos de derecho penal.....	18
IV. Visiones técnicas vs. Visiones religiosas o ideológicas.....	18
B. La creación de una conciencia sobre el problema: Análisis ideológico de la salud pública.....	20
I. Delimitación de la investigación.....	20
1. Ámbito normativo: Arts. 363, 364 y 365 del Código Penal español.....	23
2. Bien jurídico protegido.....	24
II. Magnetismo de conceptos y legislación prohibicionista.....	27
1. Seguridad pública y salud pública.....	27
2. El caso del blanqueo de capitales.....	31
C. Los discursos de la cruzada en España.....	34
I. España ante el mundo ¿Imposición o solicitud? Una vuelta atrás: la historia de la salud pública.....	34
1. El Convenio de la Haya de 1912.....	35
2. La <i>American Crusade</i> .....	37
3. La Convención única sobre estupefacientes de 1961.....	38
4. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970.....	39
5. La reforma de 1983.....	40
6. La Convención Sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes.....	41
7. La Ley orgánica 1/88 del 24 de marzo.....	42
8. El Código Penal de 1992.....	43

II. Un enfoque punitivo-militar .....	44
D. La inmigración en España .....	50
I. La neutralización de un enemigo por medio del estamento judicial .....	51
II. La inmigración como escenario de criminalización .....	55
III. Reducción del individuo e incidencia en contextos criminales .....	57
<i>Excursus</i> : replanteamiento de la política antidrogas en América Latina .....	55
E. Sobre el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español .....	68
I. El sistema penal como subconjunto de relaciones .....	68
II. Apuntes para una lectura crítica de la función judicial .....	71
F. Conclusiones .....	74

## PRIMERA PARTE

### Aproximación a los fundamentos del Estado de Necesidad

#### Capítulo Segundo

##### Un panorama de los enfoques de justificación

A. Antecedentes .....	79
I. Primeros desarrollos .....	79
II. La Constitutio Criminalis Carolina .....	80
III. La influencia del derecho natural .....	82
IV. Enfoques subjetivos sobre la exclusión de punibilidad .....	83
1. El derecho de necesidad en filosofía kantiana .....	83
a. Apuntes sobre la filosofía moral de Kant .....	83
b. Acerca de la doctrina kantiana del derecho .....	85
c. La ineficacia de la norma penal .....	87
d. La no punición de las acciones en estado de necesidad .....	87
i. Fundamentación psicológica de la impunidad subjetiva .....	87
ii. Norma penal vs. estado de necesidad .....	88
2. Teoría de la equidad .....	90
3. La exención de toda legislación ( <i>Fichte</i> ) .....	91
4. La teoría de la coacción ( <i>Feuerbach</i> ) .....	92
a. Las acciones mixtas ( <i>Filangieri</i> ) .....	94
b. La inimputabilidad ( <i>Geyer</i> ) .....	96

V. El estado de necesidad como causal de exclusión objetiva de punibilidad .....	97
1. La doctrina del estado de necesidad en la filosofía hegeliana .....	97
a. El derecho y las etapas del conflicto en estado de necesidad.....	97
b. El derecho de necesidad como cierre de la colisión entre derecho abstracto y bienestar ( <i>Hegel/Köstlin</i> ).....	98
2. Las acciones en estado de necesidad como no criminales ( <i>Luden</i> ) .....	101
a. El enfoque de <i>Baumeister</i> y <i>Marquardsen</i> .....	102
b. La teoría cualitativa de <i>Hälschner</i> .....	103
3. Determinación positiva y negativa del derecho de necesidad .....	104
B. Enfoques monistas y dualistas sobre el estado de necesidad.....	105
I. Las teorías unitarias.....	105
1. Legislación y principios sobre el estado de necesidad.....	107
a. Antecedentes legislativos .....	107
b. §§ 52 y 54 del StGB de 1871 .....	108
c. §§ 228 y 904 del Código Civil alemán (BGB).....	109
2. El enfoque subjetivo de <i>M. E. Mayer</i> .....	110
3. El perfil objetivo de la doctrina unitaria .....	112
II. La teoría de la diferenciación.....	115
1. La diferenciación entre estado de necesidad justificante y exculpante.....	117
a. El enfoque dualista de valoración en los casos de necesidad.....	117
b. La síntesis de la teoría de la diferenciación.....	119
c. Estado de necesidad supralegal .....	120
2. Las regulaciones vigentes del estado de necesidad.....	124
a. §34 StGB: estado de necesidad justificante.....	124
i. El principio de justificación.....	126
aa) La ponderación de intereses .....	126
bb) La teoría del fin.....	129
b. § 35 StGB: Estado de necesidad exculpante .....	132
i. El principio de justificación.....	134
aa) Reducción de la capacidad de conducta.....	134
bb) Teoría normativa del estado de necesidad.....	135
cc) § 35 como disminuyente de injusto y de culpabilidad.....	136
ii. Exclusión de responsabilidad a partir de los fines de la pena .....	138

## Índice General

aa) El enfoque de <i>Roxin</i> .....	138
bb) El enfoque de <i>Jakobs y Timpe</i> .....	138
cc) Crítica de <i>Bernsmann</i> .....	139
C. Conclusiones.....	141

### Capítulo Tercero

#### **Nuevos intentos de justificación del estado de necesidad**

A. Nuevos intentos de fundamentación .....	146
I. Anotación Preliminar: los problemas de justificación .....	146
II. Fundamentación desde la solidaridad y la utilidad social.....	148
1. Fundamentación externa desde la solidaridad .....	148
2. El utilitarismo social .....	149
III. Reinterpretación del derecho de necesidad en <i>Pawlik</i> .....	150
1. Sobre la colisión de derecho abstracto y bienestar .....	150
2. Crítica al modelo de interpretación ( <i>Küper</i> ) .....	152
B. Sobre la discusión <i>Gimbernat/Küper</i> .....	154
I. Enfoque político criminal de <i>Gimbernat Ordeig</i> : La teoría unitaria político criminal ...	154
II. Reflexiones críticas al modelo de <i>Gimbernat Ordeig (Küper)</i> .....	155
1. Crítica al enfoque político criminal .....	155
a. Sobre el criterio de justificación: De la teoría de la neutralidad y el “ <i>unverbotener Notstand</i> ” .....	156
b. De la exclusión del injusto .....	158
c. Acerca de la exclusión de la culpa .....	159
2. Crítica intrasistemática.....	159
3. La relevancia dogmática del error de exculpación .....	160
4. De la cuestión del poder de defensa.....	162
C. Conclusiones.....	163

### Capítulo Cuarto

#### **La regulación del estado de necesidad en España**

A. La regulación de la eximente en España .....	168
<i>Excursus</i> . De la tradición legislativa española .....	169
I. Código Penal de 1848 .....	173

II. Código Penal de 1870 .....	176
III. Códigos penales de 1928 y de 1932 .....	179
IV. Código Penal de 1944.....	183
<i>Excursus</i> : Recepción del pensamiento de la inexigibilidad en España.....	187
B. Código Penal de 1973.....	189
I. Diferenciación y unidad en el estado de necesidad.....	190
II. La teoría heterodoxa de la diferenciación.....	195
III. Otras posiciones.....	203
IV. Código Penal de 1995.....	210
V. Doctrina de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo .....	211
C. Un caso <i>sui generis</i> : El estado de necesidad en la legislación colombiana.....	214
I. Estado de necesidad en la doctrina penal colombiana .....	217
II. Estado de necesidad en la jurisprudencia.....	232
D. Conclusiones .....	238

## SEGUNDA PARTE

### **Sobre la problemática del Estado de Necesidad en la Ley, Doctrina y en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo**

#### Capítulo Quinto

#### **Naturaleza y problemática jurídica del bien jurídico salud pública. Una aproximación comparada**

A. Impunibilidad de la participación en una autopuesta en peligro y sus límites en Alemania .....	245
B. Protección de la salud pública como bien jurídico .....	249
I. Definición de la salud pública en el sentido del BtMG.....	250
1. Panorama de los diferentes enfoques.....	250
2. Acercamiento del <i>Bundesgerichtshof</i> (BGH) .....	251
3. Posición del <i>Bundesverfassungsgericht</i> (BVerfG) .....	252
II. Críticas al bien jurídico protegido por el BtMG .....	254
1. Del bien jurídico en sentido liberal.....	254
2. Paternalismo y utilitarismo .....	256
3. Prevención y disciplinamiento social.....	257

## *Índice General*

C. Estado de necesidad y adjudicación del derecho.....	258
I. Objeciones constitucionales contra la “salud pública” .....	258
1. Lesión al principio de subsidiaridad .....	260
2. Lesión contra el principio de culpa por medio de la acumulación de contribuciones causales .....	261
II. Del exceso de disposición judicial en la concreción de la legislación penal sobre estupefacientes.....	263
1. El caso del importe o introducción de estupefacientes .....	264
2. Derecho penal de estupefacientes y proceso penal .....	268
D. Conclusiones .....	271

### Capítulo Sexto

#### **El estado de necesidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo**

A. La eximente completa: proporcionalidad y subsidiariedad.....	277
I. La ponderación o proporcionalidad de males. ....	279
II. Sobre el requisito de la subsidiariedad.....	286
1. La subsidiariedad en la doctrina especializada. ....	287
2. El requisito de la subsidiariedad en el Tribunal Supremo .....	288
B. La eximente incompleta. ....	293
I. Algunos apuntes sobre la atenuante por drogadicción .....	295
II. Ni completa ni incompleta: la derogatoria judicial del estado de necesidad. ....	297
C. Conclusiones.....	302

<b>Conclusiones Finales</b> .....	<b>308</b>
-----------------------------------	------------

<b>Bibliografía</b> .....	<b>322</b>
1. Monografías, Libros y Artículos Especializados.....	322
2. Jurisprudencia.....	358

## Lista de Siglas y Abreviaturas

AA.VV.	Autores Varios
Add.	Addendum
ADPCP	Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales (Revista España)
AE	Alternativ-Entwurf eines StGB 1966
ALR	Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten
alt.	Alternativa
Ann Intern Med	Annals of Internal Medicine (Revista EE.UU.)
AP	Actualidad Penal (España)
aprob.	Aprobatoriamente, aprobando, de modo aprobatorio
ArchCrim	Archiv des Criminalrechts (Alemania)
art., arts	Artículo, artículos
AS	American Studies (Revista EE.UU.)
AT	Allgemeiner Teil (parte general)
AWG	Außenwirtschaftsgesetz (ley de transacciones internacionales – Alemania-)
AZ	Aktenzeichen (número de referencia)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo del Land de Baviera)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil alemán)
BGBI.	Bundesgesetzblatt (Boletín Oficial Federal alemán)
BGH	Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo Federal alemán)
BGHst	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo Federal alemán)
Bibl.	Bibliografía
BMJ	Bundesministerium der Justiz (Ministerio de Justicia Federal alemán)
BR-Drs	Bundesratsdrucksache (Boletín de la Cámara de los Länder)
BT	Bundestag (parlamento alemán)
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal alemán)
c.	Contra
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
cap.	Capítulo
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial (Revista España)
CDJP	Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal (Revista Argentina)
CEDH	Convención Europea de Derechos Humanos
Cfr.	Confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial (España)
CIVC	Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología (Revista España)
cit.	Citado
Comp.	Compilación/compiladores
CP	Código Penal

CPC	Cuadernos de Política Criminal (España)
CPI	Corte Penal Internacional (citado también como ICC)
CRSP	Canadian Review of Social Policy (Revista Canada)
crít.	Crítico, críticamente
DAR	Drug and Alcohol Review (Revista EE.UU.)
DDR	Deutsche Demokratische Republik (República Democrática Alemana)
Dept.	Department
Denv.J.Int'l L&Pol'y	Denver Journal of International Law and Policy (Revista EE.UU.)
DJT-Gutachten	Deutscher Juristentag-Gutachten (Jornadas de los juristas alemanes – dictámenes)
DPC	Derecho Penal Contemporáneo (Revista Colombia)
d.p.i.	Derecho penal internacional
DR	Deutsches Recht (Revista Alemania)
DRZ	Deutsche Rechts-Zeitschrift (Revista Alemania)
DStrRZ	Deutsche Strafrechts-Zeitung (Revista Alemania)
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos (1948)
DuR	Demokratie und Recht (Revista Alemania)
EC	Estudios Constitucionales (Revista Chile)
ECIJ	Estatuto de la Corte Internacional de Justicia
ed.	Editor
eds.	Editores
EDPEU	Evaluating drug prevention in Europe union (Luxembourg)
EMCDDA	European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (Luxembourg)
EPC	Estudios Penales y Criminológicos (Revista España)
EEUU	Estados Unidos de Norteamérica (citado también como US o U.S.)
et. al.	<i>Et altera</i> (latín: y otros)
etc.	Etcétera
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (Revista Alemania)
FG	Festgabe (libro homenaje)
FS	Festschrift (libro homenaje)
GA	Goldammer's Archiv für Strafrecht (Revista Alemania)
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz (Ley Fundamental alemana)
GS	Gedächtnisschrift (libro en memoria)
HHDS	Holtendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts (Revista Alemania)
HRW	Human Rights Watch (ONG)
IJDP	International Journal of Drug Policy (Revista EE.UU.)
I.J.H.R.D.P.	International journal on human rights and drug policy (Revista EE.UU.)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Revista Alemania)
Jb	Jahrbuch (anuario)
J. Interam. Stud. & Wld. Aff.	Journal of Interamerican Studies and World Affairs (Revista EE.UU.)

JPD	Jueces para la Democracia (Revista España)
JR	Juristische Rundschau (Revista Alemania)
Jura	Juristische Ausbildung (Revista Alemania)
JuS	Juristische Schulung (Revista Alemania)
JZ	Juristen Zeitung (Revista Alemania)
KAV	Kommunale Ausländerinnen- und Ausländervertretung (Asociación Alemania)
KJ	Kritische Justiz (Revista Alemania)
KrimJ	Kriminologisches Journal (Revista Alemania)
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Revista Alemania)
La Ley	La Ley, Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía (Revista España)
LG	Landgericht (Tribunal del Land –estado-)
LH	Libro homenaje
LK/ <i>autor</i>	Leipziger Kommentar (citado en la Bibliografía bajo <i>Jescheck</i> y otros)
loc. cit.	<i>Locus citatus</i> (latín: lugar citado)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Revista Alemania)
MKS	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (Revista Alemania)
Müko-[autor]	Münchener Kommentar, Strafgesetzbuch
MshrKrim	Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform (Revista Alemania)
NDP	Nueva Doctrina Penal (Revista Argentina)
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica (España)
NFP	Nuevo Foro Penal (Revista Colombia)
NJ	Neue Justiz (Revista Alemania)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Revista Alemania)
NK	Nomos Kommentar y Neue Kriminalpolitik (Revista Alemania)
nm.	Número/s marginal/es
NPP	Nuevo pensamiento penal
nro.	Número
nros.	Números
NS	Nazionalismo
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (Revista Alemania)
NStZ-RR	Neue Zeitschrift für Strafrecht – Rechtsprechungs-Report (Revista Alemania)
OGH	Oberster Gerichtshof (Tribunal Supremo)
OGHst	Entscheidungen des Obersten Gerichtshof in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo para la zona Británica)
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung (Revista Austria)
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior del Land)
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONU	Organización de Naciones Unidas (citado también como UN)
ONG	Organización no gubernamental

OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley de contravenciones administrativas)
ÖZStR	Österreichische Zeitschrift für Strafrecht (Revista Austria)
p.	Página/s
para.	Parágrafo/s
PHR	Public Health Reports (Revista EE.UU.)
por ej.	Por ejemplo
RABM	Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos (Revista España)
RAD	Revista para el Análisis del Derecho (Revista España)
RBCC	Revista Brasileira de Ciências Criminais (Revista Brasil)
RCDPCP	Revista Chilena de Derecho Penal y Ciencia Política (Revista Chile)
RCP	Revista Crítica Penal y Poder (Revista España)
RDPC	Revista de Derecho Penal y Criminología, 2nda época (Revista España)
RDPPC	Revista de Derecho Penal, Procesal Penal y Criminología (Revista España)
REC	Revista de Estudos Criminais (Revista Brasil)
Res.	Resolución
RFA	República Federal de Alemania
RGDP	Revista General de Derecho Procesal IUSTEL (Revista España)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (decisiones en materia penal del Tribunal Supremo del Reich –imperio–)
RIFP	Revista Internacional de Filosofía Política (Revista España)
RP	Revista Penal (Revista España)
RPCP	Revista Peruana de Ciencias Penales (Revista Perú)
RUCN	Revista Universidad Católica del Norte (Revista Chile)
s., ss.	siguiente, siguientes
SchwZstr	Schweizer Zeitschrift für Strafrecht (Revista Suiza)
Scil.	<i>Scilicet</i> (latín: es decir, se refiere a)
SK-[redactor]	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (citado en la Bibliografía bajo <i>Rudolphi</i> y otros)
Sect.	Section
Sic	<i>sicut</i> (latín: textualmente)
Slg.	Sammlung (colección, antología)
S/Res.	Security Council Resolution
StGB	Strafgesetzbuch (CP alemán)
StV	Strafverteidiger (Revista Alemania)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
t.	tomo
TS/TSE	Tribunal Supremo Español
UNED	Revista de derecho penal y criminología de la Universidad Nacional de Educación a Distancia
v. o vs.	Versus
vers. al.	Versión alemana (referencia a la obra original)
vol.	volumen
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (CP internacional alemán)

ZIS Zeitschrift für internationale Strafrechtsdogmatik (Revista  
Alemania)  
ZRP Zeitschrift für Rechtspolitik (Revista Alemania)  
ZStW Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (Revista  
Alemania)

## Presentación

Después de que han pasado muchos años desde cuando la Universidad de Antioquia (Medellín, Colombia) me autorizara la iniciación de un proyecto de doctorado en la Universidad de Girona, con la convicción de que tantas vicisitudes pudieron ser superadas y en la confianza de que el proceso culmine satisfactoriamente, ahora pongo a la disposición (*deposito*), y para su revisión, del programa de doctorado de dicha Universidad el trabajo – tesis *EL ESTADO DE NECESIDAD Y EL CASO DE LAS DROGAS EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO. UNA CRITICA DESDE LA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA*.

Estarían dadas así las condiciones preliminares para la iniciación de un procedimiento que me llevaría, si así se me autorizara, a la defensa, según los cánones reglamentarios.

Mientras tanto, yo debo hacer manifestación de los agradecimientos que le debo a la profesora ELENA LARRAURI, la que, con inteligencia y cariño, se permitió compartir su valioso tiempo conmigo y me sirvió de guía en los inicios y primeros desarrollos del trabajo. Sus ideas fueron decisivas para la formulación del proyecto y para la definición de sus bases político-criminales más juiciosas. Cualquier formulación plausible que se pudiera encontrar en el trabajo es tributaria de su compañía y de su solidaridad.

También tengo deudas imperecederas y una enorme gratitud con JUAN GONZALO ESCOBAR MARULANDA, por su amistad y su respaldo definitivo para que yo no renunciara a la terminación del trabajo. Su perspicacia criminológica y su sensibilidad cultural y política me enseñaron algunas líneas conceptuales y críticas cruciales para la definición de algunas discusiones. A él, pues, y a su familia, muchísimas gracias.

Otras personas también fueron decisivas en este largo y arduo trecho: menciono a JOHN E. ZULUAGA, DAVID ENRIQUE VALENCIA, JUAN GUILLERMO VALENCIA, JUAN DAVID RAMIREZ, todos ellos mis amigos de la vida y de Universidad, sin cuya ayuda y apoyo todo hubiera sido mucho más difícil.

Mi familia más inmediata, BERNARDITA, MATEO y mis hijos, saben que yo entiendo del alto costo social a que este proceso les sometió y que por soportarlo con tanta paciencia e incondicionalmente yo los quiero mucho más. Y por siempre.

Finalmente, tanto la Universidad de Antioquia, como la Universidad de Girona, tienen la constancia de que yo reconozco la importancia de cada una de ellas en la consolidación del proyecto, en su desarrollo y en su culminación.

## INTRODUCCIÓN

El tratamiento de las problemáticas que se vinculan al tráfico de drogas ha tomado cuerpo en proyectos políticos y legales represivos y apegados al castigo. El carácter prohibicionista del que se han apropiado las políticas públicas en materia de drogas y, en consecuencia, el énfasis punitivo de la legislación que las desarrolla, ha desenfocado la atención sobre los asuntos centrales y de fondo que se encuentran detrás de la construcción del problema de las drogas y ha convertido al mismo en un escenario funcional al favorecimiento de grupos de poder y a la retórica excluyente de personas y contextos estigmatizados como peligrosos o indeseables. Este *paradigma prohibicionista* ha encontrado en las referencias a la seguridad nacional y a la salud pública las justificaciones a la represión y a la intensidad de las persecuciones penales, las cuales tienen lugar con base en legislaciones asistemáticas que se desarrollan, incluso, en contravía de referencias científicas que contradicen el enfoque prohibicionista. El énfasis prohibicionista de las políticas en materia de drogas no sólo ha estimulado la formación de mercados negros, sino, más grave aún, la consolidación de representaciones morales que demonizan y fundamentan discriminaciones sistemáticas contra los vinculados al entorno del consumo de drogas.

La evolución del paradigma prohibicionista ha incidido en múltiples ámbitos jurídicos. No se trata sólo de la producción legislativa en la que toma cuerpo, sino, además, de múltiples líneas jurisprudenciales que se han instalado como escenarios justificacionistas y no correctivos del tratamiento represivo al problema construido sobre las drogas. Este fenómeno no ha sido ajeno ni a la legislación española, ni a la jurisprudencia de sus Tribunales. Un caso especial lo constituye el Tribunal Supremo español, en cuya jurisprudencia secularmente se instaló un criterio ideológico en la defensa de la salud pública, la reiteración del prohibicionismo y la justificación de la represión. Entre los escenarios más visiblemente marcados por esta línea de pensamiento se encuentra el tratamiento dado al estado de necesidad como eximente de responsabilidad en materia del tráfico de drogas. En este ámbito, por tratarse del bien jurídico de la salud pública, el Tribunal ha fijado una pauta de interpretación muy estricta para la aceptación del estado de necesidad como causa de justificación, ya completa o incompleta, o como condición de inculpabilidad. En esa lógica, incluso, ha anulado cualquier exigencia empírica para concluir sobre alguna forma de atenuación, en tanto ha descartado cualquier circunstancia que pueda oponerse al valor del bien jurídico salud pública. De esta manera, se

ha construido una barrera infranqueable al estado de necesidad a través de la negación que se hace del requisito de ponderación del algún bien jurídico frente a la salud pública.

A los fines de descifrar en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español aquellos referentes de interpretación sobre el estado de necesidad tratándose del tráfico de drogas, en el presente trabajo se analizan las prácticas interpretativas donde se revelan más visiblemente los excesos en la valoración del estado de necesidad y los posibles elementos concernientes al problema del tráfico de drogas, asunto sancionado penalmente con base en los Arts. 368 ss. del CP. El trabajo se divide en seis capítulos, los cuales se agrupan en dos partes. Previo a la primera parte, se desarrolla un *capítulo preliminar* en el cual se describe la evolución de la política antidroga, sus principales características y las formas y contenidos de la regulación jurídica a través de la cual se ha proyectado. En este capítulo se hace un especial énfasis en los antecedentes normativos (convencionales y legales) por medio de los cuales ha tomado cuerpo la política antidroga en España. La legislación prohibicionista más importante, desde el convenio de la Haya de 1912, hasta el Código penal de 1992, será discutida en este aparte. En el fondo, se trata de establecer de qué manera el discurso de la represión y el castigo han marcado la evolución de la política antidroga.

La *primera parte*, que intenta una aproximación a los fundamentos del estado de necesidad, comienza con el *capítulo segundo*, en el cual se presenta un panorama de los enfoques (clásicos) de justificación del estado de necesidad. En este capítulo se describe el desarrollo del concepto “estado de necesidad” y las bases teórico-jurídicas para considerar al mismo una causal de exclusión de responsabilidad penal. Se hace un recuento tanto de los primeros desarrollos del estado de necesidad, como de los llamados enfoques subjetivos y objetivos que marcaron los primeros intentos de justificación. Asimismo, se abordan las teorías unitaria y diferenciadora en las que se sintetiza la discusión actual sobre la ubicación sistemática del estado de necesidad como eximente de responsabilidad. El *capítulo tercero* se concentra en explicar dos nuevos intentos de justificación del estado de necesidad. Por un lado, aquellos enfoques que incorporan como principio de justificación a la solidaridad y la utilidad social; por otro lado, los enfoques neo-hegelianos a partir de los cuales se defiende que en la colisión de bienes o intereses prima el de mayor valor. Finalmente, se discuten algunos importantes y relevantes esfuerzos, principalmente en la doctrina española, que intentan retomar la teoría unitaria para ubicar el estado de necesidad como un problema de justificación. El *capítulo*

*cuarto* se dedica a la regulación del estado de necesidad en España. Se describe el tratamiento que ha tenido el estado de necesidad hasta el Código penal de 1995 y las teorías que se han expuesto para sostener su fundamentación, especialmente la teoría de la ponderación de bienes y la teoría del fin. Como complemento de este aparte, el capítulo desarrolla un análisis comparativo del caso colombiano, donde el tratamiento legal es un resultado más o menos tardío y que actualmente toma cuerpo en la Ley 599 de 2000, que considera al estado de necesidad como una causa de justificación.

La *segunda parte* se ocupa de la problemática del estado de necesidad en la Ley, doctrina y jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Previo al análisis concreto de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en el *capítulo quinto* se presenta una referencia comparativa particularmente importante para el análisis del caso español. Sumado a la discusión del caso colombiano realizada en el capítulo cuarto, se aborda el caso alemán y la amplia discusión que allí se ha dado tanto a partir de la regulación del BtMG sobre la salud pública como bien jurídico protegido, así como de la jurisprudencia del BGH y del BVerfG. Asimismo, se describe el amplio panorama de críticas que se han planteado en Alemania respecto a la política en materia de drogas, especialmente del paternalismo que se dice está implícito en la misma. Finalmente, en el *capítulo sexto*, se hace un análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre el estado de necesidad. En este capítulo se desarrolla un detallado análisis crítico del restrictivo criterio jurisprudencial que ha fijado el Tribunal Supremo para desconsiderar al estado de necesidad en materia de tráfico de drogas. Se cuestiona la manera como el tratamiento del bien jurídico salud pública ha desplazado la exigencia de demostrar caso por caso la necesidad para configurar la eximente. Más concretamente, la forma como la incidencia del bien jurídico de la salud pública ha marcado el vaciamiento de la eximente de estado de necesidad.

## Capítulo Primero

### La cruzada en su génesis: una formulación preliminar

#### A. El derecho ante la guerra: el modelo de la legislación prohibicionista

##### I. La legislación antidroga como sistema autorreferente

El derecho como fenómeno cultural que es, y por tanto, “producto siempre de un acuerdo entre sujetos (...) que puede variar en su extensión y límites según dispongan los propios sujetos que lo crean”<sup>1</sup>, debe estar dispuesto siempre a transformarse según las condiciones del consenso social. No basta con que el derecho sea creado válidamente, esto es, según los trámites preestablecidos para la actividad legislativa, para que deba ser obedecido y aplicado. La progresiva transformación de la moralidad en derecho<sup>2</sup>, supone un riesgo de ilegitimidad permanente que el derecho debe estar dispuesto a superar. Es decir, sobre el derecho moderno pesa un juicio de *justificabilidad* y de *justificación*. Con el primer juicio se quiere indicar que se trata de un derecho que debe estar orientado a las consecuencias<sup>3</sup>, un derecho dirigido a unas finalidades preventivas, ya sea generales, especiales, o ambas a la vez. Por su parte, las exigencias de justificación suponen un juicio de contrastación empírica entre las finalidades declaradas y el grado de su realización. Si falla alguna de estas dos exigencias, es decir, si se trata de un derecho liberado de toda finalidad preventiva, o incapaz de realizar las promesas que lo animan, estaremos en presencia de un derecho antimoderno, un sucedáneo metafísico para tiempos laicos, o como sucede en materia de drogas, una avanzada bélica al interior de la “lucha contra las drogas”<sup>4</sup>.

Compartiendo plenamente la apreciación de Muñoz Conde, diríase que “(...) el derecho penal debe tener siquiera un mínimo de eficacia en la solución de los conflictos que regula, aunque sólo sea porque consiga una parte, incluso pequeña, de las metas que persigue”<sup>5</sup>. Para que ese mínimo sea posible, el derecho, cualquier derecho, debe establecer un diálogo permanente con las condiciones sociopolíticas en las cuales se aplica, debe tratarse de un derecho susceptible

---

<sup>1</sup> Muñoz Conde/ Aunión Acosta, 1993, p. 571.

<sup>2</sup> En términos durkheimianos, el paso de la solidaridad mecánica a la solidaridad orgánica. Cfr. *Durkheim*, p.147.

<sup>3</sup> *Roxin*, 2000 p. 90.

<sup>4</sup> Sobre el origen de la llamada “lucha contra las drogas”, cfr. *Escobedo*, 2008, pp. 250-313.

<sup>5</sup> Muñoz Conde/ Aunión Acosta, 1993, p. 571.

de ser contrastado empíricamente y corregido políticamente. Solo de esa manera podrá retirarse cuando el cálculo de costos y beneficios le sea desfavorable, evitando la arrogancia de los instrumentos de regulación social que se mantienen vigentes no obstante su inutilidad.

Cuando el derecho es ajeno a cualquier función social, incapaz de retirarse cuando las circunstancias se lo exijan, desprecia todo dato empírico proveniente de instancias científicas o de la opinión informada de los ciudadanos, se convierte en *derecho injusto*<sup>6</sup>, en *simple instrumento de control social*. En el momento en que el derecho vigente se desentiende de las exigencias de eficacia, y pierde toda utilidad, ha llegado el punto de abandonar los terrenos técnicos de la dogmática jurídica, para estudiarlo políticamente, como una expresión pura de poder, promovida para mantener el injusto desequilibrio económico y político que caracteriza a las sociedades contemporáneas<sup>7</sup>. Precisamente ésta es la característica más notoria del actual desarrollo de la legislación antidroga, tanto a nivel nacional como internacional<sup>8</sup>. La misma representa un modelo de control social divorciado de cualquier referencia externa, un *sistema autorreferente* que reproduce sus propias condiciones de existencia<sup>9</sup>. Su evolución ha estado marcada por una cíclica remisión a la eficacia represiva y un inflexible apego al reproche y el castigo como núcleo de desarrollo de la política antidroga. Esta inclinación de la legislación antidrogas ha llevado, como lo reconoce un autor contemporáneo, “al reforzamiento de los sistemas policiales (...) y la utilización de medios penales y procesales extraordinarios, lesivos de los principios básicos generalmente reconocidos como límite de la política penal y en progresiva expansión. Unas excepciones que, teóricamente exigidas para la lucha contra el “gran tráfico” –rara vez objeto de persecución penal efectiva, aparecen finalmente aplicadas

---

<sup>6</sup> Este es el sentido de la llamada Formula de Radbruch, según la cual las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas (*Radbruch*, 1990, p. 89).

<sup>7</sup> Foucault, 1984.

<sup>8</sup> Un reporte de investigaciones criminológicas sobre la evolución de las políticas sobre drogas en Europa (país por país) puede verse en *Kurt von Es*, 1995, pp. 9 ss; *Albrecht/van Kalmthout* (eds.), 1989, pp. 1 ss.; Para la evolución de la política de drogas en Latinoamérica véase *Chalk*, 2011, Cap. 3 y ss.; *Ambos*, 1994, pp. 24 ss.

<sup>9</sup> En ese sentido también *Ángel Gómez*, 2007, p. 20, según el cual “actualmente, muchas estrategias de abordaje del consumo problemático de sustancias, desarrolladas en nuestro medio, parecen tener como temática central al OBJETO-DROGA, desarrollando como estrategia privilegiada la identificación del posible usuario de drogas para su control y estigmatización”.

sobre los pequeños y medianos traficantes, y, en particular, sobre los consumidores-traficantes”<sup>10</sup>.

No de otra manera podría entenderse el hecho de que, no obstante la simultaneidad entre la existencia de una línea represiva para combatir “el problema de las drogas” y el creciente aumento de consumidores y de ganancias producto de su tráfico, la legislación prohibicionista se haya mantenido inmutable a lo largo de casi un siglo<sup>11</sup>. La evidencia de los efectos dañinos y abiertamente criminógenos de las políticas prohibicionistas no ha sido suficiente para disuadir acerca del uso de leyes penales cada vez más duras e injustificables<sup>12</sup>. El sostenimiento de un carácter fundamentalmente represivo, para impedir y castigar el problema de las drogas, la definen notoriamente como una *política conservadora*. La misma se perpetúa como cómplice de un uso arbitrario de la violencia y alejada de cualquier reconocimiento de la libertad en materia de elección racional<sup>13</sup>.

## II. Justificaciones de la legislación prohibicionista

Desde una perspectiva moral utilitarista –fundamento del derecho penal moderno-, fundada en el conocido principio filosófico planteado por Bentham<sup>14</sup> según el cual una conducta está éticamente justificada cuando produce el mayor bienestar posible para el mayor número de personas, la legislación prohibicionista aparece injustificable. Sin embargo, en materia de

---

<sup>10</sup> De *La Cuesta Arzamendi*, 1999, p. 20, según el cual “Estos son, en realidad, los verdaderos objetos permanentes de la atención policial (y de los medios de comunicación) por su incidencia en la “inseguridad por la calle” –auténtico bien jurídico protegido (más que la salud pública) a través de la intervención penal diaria- y que, tras ocupar a los Tribunales en el estudio de asuntos de pequeña importancia, acaban llenado las instituciones penitenciarias de los diferentes países interfiriendo gravemente en el desarrollo de una adecuada política penitenciaria”. En ese sentido véase también *Stock/Kreuzer*, 1996, pp. 472 ss., quien en detalle logra demostrar cómo la policía, en el control de las drogas, dispone de un amplio poder de decisión, que abandona cualquier limitación normativa del derecho formal; en el mismo sentido *Busch*, 1999, pp. 5 ss.

<sup>11</sup> Sobre ello véase *Pryce*, 2012, pp. 114 ss., quien analiza dicha pregunta desde factores como la ideología, el miedo, la conveniencia y la inercia burocrática.; referente a la problemática europea (país a país) véase *Kurt von Es* (ed.), 1995, pp. 9 ss; una comparación sobre la inmutabilidad de dichas políticas para el tratamiento de dos sustancias tan diferentes como el Cannabis y el Éxtasis, puede verse en *V. Schmidt*, 1998, pp. 23 ss.

<sup>12</sup> De la misma opinión *Warda*, 1989, p. 30, quien analiza los costos de la política represiva contra las drogas en términos de volumen criminal y volumen financiero. Acerca de las consecuencias de las políticas antidrogas véase *Estermann*, 1997, pp. 75 ss., quien sustenta cómo “a pesar del control policial masivo, el incremento del precio observado en los años noventa especialmente de sustancias como la cocaína, hachís y heroína, pone en duda la eficacia de las medidas de control adoptadas”.

<sup>13</sup> Para una lectura crítica desde una perspectiva criminológica de la legislación prohibicionista en materia de drogas, en Colombia, *vid.* González Zapata, Julio, 2011.

<sup>14</sup> *Bentham* 1948, Capítulo I.

drogas no es posible constatar el mayor beneficio de la política prohibicionista. Un fenómeno interesante que ha sido referido por Uprimny, es aquel según el cual:

“En principio, quienes deben demostrar la proporcionalidad utilitarista del prohibicionismo en materia de drogas han de ser quienes defienden esta política, puesto que la criminalización de un comportamiento y el castigo de una persona implican un costo social y un sufrimiento humano, por lo que deberían aparecer claros cuáles son los beneficios de estas decisiones. En caso de que dichos beneficios no fueran claros, es forzosa la conclusión de que se trata de una regulación utilitariamente injusta que debe ser modificada. Sin embargo, la exitosa expansión global de la guerra contra las drogas indicada por Estados Unidos ha hecho que la carga de la prueba se invierta en el panorama político contemporáneo. De manera que ahora son los críticos del prohibicionismo quienes deben demostrar su desproporcionalidad”<sup>15</sup>.

España puede mostrarse como un fiel ejemplo de lo anterior. A comienzos de la década de los setenta<sup>16</sup>, se empieza a recepcionar el *discurso internacional* que exigía la criminalización y persecución de las conductas relacionadas con el uso y tráfico de sustancias estupefacientes<sup>17</sup>. Aunque la *Convención de la ONU* que recomendaba a los estados incrementar las penas y la represión penal del tráfico de drogas era de 1961, solo hasta el 15 de noviembre de 1971 se reforma el *Código Penal*, permitiendo un enorme arbitrio a los tribunales a la hora de la

---

<sup>15</sup> Uprimny Yepes et. al, 2013, p. 95; véase también *Amendt*, 2000, pp. 197 ss.; Ambos, 1994, p. 68, según el cual se “comprueba una tendencia material a la sobrecriminalización, unida a simplificaciones procesales para la persecución y condena penales. Esta política no es solamente dudosa desde el punto de vista de un Estado de Derecho, sino se manifiesta también poco efectiva: las actividades de control de drogas, bastante apreciables cuantitativamente, apenas resisten una revisión cualitativa y constituyen solamente victorias pírricas frente al trasfondo del permanente flujo de cocaína a los EE.UU y la expansión del tráfico hacia Europa”

<sup>16</sup> Esto coincide con el surgimiento de la preocupación por la migración irregular en Europa y su consiguiente criminalización, que “si bien se trata de un proceso que presenta diferentes perfiles y ritmos entre ellos –como consecuencia entre otras circunstancias, de las distintas etapas en las que se han experimentado los flujos migratorios-, parece oportuno poner en relación esa centralidad del migrante en el sistema penal con el cambio de fase de la política migratoria, acaecido en Europa a partir de los primeros años setenta”, *Brandariz García*, 2006, p. 140

<sup>17</sup> La adicción a los estupefacientes es comprendida como un mal que a nivel internacional se expone como un objeto frente al cual la comunidad tiene el deber de combatir. Para la discusión véase *Lines*, 2010, pp. 3 ss., quien argumenta como la convención de 1961 se ha convertido de hecho, bajo la retórica del “mal”, en una justificación y defensa de abusos de derecho fundamentales; *Hauptmann*, 2000, pp. 13 ss., quien muestra la evolución de la política antidroga en Austria desde 1971 y su influencia por la normatividad internacional; *Room/Paglia*, 1999, pp. 305-315, quien describe las principales instituciones y el alcance del sistema de control internacional de drogas y argumenta como las premisas de dicho discurso internacional entran en conflicto con las tesis fundamentales de una economía global de libre mercado; *Sinha*, 2001, pp. 5 ss., en la que se exponen los fundamentos filosóficos y prácticos de las tres convenciones de drogas más importantes después de 1961; Sobre la evolución histórica del sistema de control véase *Walker III* 1996.

determinación de la conducta típica y previendo penas que podían ir desde unos meses hasta 20 años. Como lo afirma *Muñoz Conde*, “a pesar de este salto cualitativo en la represión penal, a mediados de los 70 el tráfico y el consumo de drogas hasta entonces casi desconocidas en España (...), comenzó a crecer de manera alarmante”<sup>18</sup>. Pero junto a este fracaso rotundo en el control del consumo y tráfico de estupefacientes<sup>19</sup>, encontramos también un aumento del poder de *discrecionalidad de los tribunales* y de las autoridades policiales y penitenciarias para controlar poblaciones riesgosas e indeseables que se evidencia en la progresión del número de población reclusa o puesta bajo algún modo a un control penal efectivo<sup>20</sup>.

### III. Efectos de la legislación prohibicionista en materia de drogas

#### 1. Corrupción y narcotráfico

Entre los muchos efectos nocivos que trae la legislación prohibicionista, podría decirse que la consolidación de un *mercado negro* es una de las situaciones que mayor daño ha causado no solo a la integridad y vida de las personas, sino a la institucionalidad democrática y al mismo

---

<sup>18</sup> *Muñoz Conde/Aunión Acosta*, 1993, p. 563.

<sup>19</sup> Sobre el fracaso del carácter represivo de la política antidrogas véase en detalle *Ambos*, 1994, pp. 128 ss., quien utilizando el ejemplo de países productores como Colombia, Perú y Bolivia, demuestra que las causas de tal fracaso “son más que nada de naturaleza estructural y es posible afirmar que ellas son fundamentalmente válidas para todos los países cultivadores (subdesarrollados), es decir, también para los asiáticos, europeos y africanos”; como referencias más actuales véase *Pryce*, 2012, pp. 114 ss., quien explica cómo el problema de las drogas es el mejor atajo para una larga lista de problemas interconectados y por qué se persiste en la prohibición; *Gray*, 2001, pp. 17 ss., quien presenta 3 escenarios en los que el incremento de daños ha sido notorio (comunitario, individual y de futuro) y a partir de los cuales se concluye el fracaso de la legislación sobre drogas; en el mismo sentido véase *Hicks/Petrunik*, 1997, p. 1-17; *Wisotsky*, 1990, pp. 91 ss.; *Warda*, 1989, p. 30; *Thamm*, 1989, pp. 175 ss.

<sup>20</sup> Para el caso de los EE.UU. véase *Marie*, 2007, pp. 15 ss., según el cual en los EE.UU. el impacto racial se considera legal y políticamente como una irrelevancia, un efecto colateral de la guerra contra las drogas.; también *Fellner*, 2000, pp. 28 ss. quien concluye que poner a una persona en la cárcel es tan común en los Estados Unidos y se impuso con tanta frecuencia por una conducta de menor importancia que parece que el país ha perdido de vista la gravedad de la pena de prisión; en perspectiva europea, resumidamente véase *Albrecht/Kalmthout*, “European perspectives on Drug policies”, 1989, pp. 425 ss., quienes reclaman una política europea consistente y coherente; también KAV (Coord.), pp. 67 ss.; un panorama sobre la relación entre exclusión social y drogas puede verse en *McGregor*, 2000, pp. 119 ss., según la cual los elementos centrales del concepto exclusión social se encuentran en un complejo y multidimensional proceso para el cual no hay soluciones rápidas.

funcionamiento del Estado de derecho<sup>21</sup>. La prohibición hace que el valor de cambio de las sustancias prohibidas aumente desproporcionadamente, alterando las reglas de la *oferta* y la *demand*a que quedan sujetas a decisiones incontroladas<sup>22</sup> por parte de sujetos inescrupulosos. En virtud de ello aparecen grandes traficantes que intentan monopolizar a cualquier precio el mercado negro y adquieren un poderío económico sin igual, gracias al cual, pueden corromper instituciones esenciales de las democracias<sup>23</sup>, “desde los órganos de persecución penal hasta las más altas instancias representativas, por no citar las instituciones financieras”<sup>24</sup>.

## 2. Erosión de la protección de derechos fundamentales

La *marginalización de los derechos humanos* en la ejecución de la política antidrogas puede observarse a través de la erosión de libertades civiles y de los estándares de juicios justos, la negación de derechos económicos y sociales, la satanización de personas y grupos y la imposición de castigos abusivos e inhumanos<sup>25</sup>. Muchas prácticas negatorias de derechos

---

<sup>21</sup> “Ninguna complicidad es demasiado cara para las sumas que manejan los traficantes; son potentes porque pueden corromper a todos o casi todos los que contactan. ¿Cuántos políticos, funcionarios, magistrados, policías, saben resistir a un sobre con 100.000 o 200.000 dólares? Si no se puede responder a esta pregunta, se podrá constatar que en todos los países interesados en la producción, el consumo, la transformación o el tránsito de opio y sus derivados, el tráfico viene organizado o por lo menos cubierto por altísimas personalidades que, evidentemente, están al abrigo, por encima de toda sospecha” (*González Zorrilla*, 1999, pp. 198-199); entre otros, también, *Warda*, 1989, p. 32, según el cual las organizaciones criminales “compiten por un lado, pero por otro lado tienen un interés en sacar las drogas fuera del mercado con el fin de estabilizar los precios locales”; sobre las consecuencias no intencionales de la política de prohibición de las drogas véase *Pryce*, 2012, pp. 83 ss.; sobre la economía del tráfico ilegal (precios, demandas, financiación y distribución) así como una perspectiva comparada de economías locales véase *Lyman / Potter*, 2011, pp. 125-164.

<sup>22</sup> En términos de Muñoz Conde, “El narcotráfico ilegal de drogas es un cáncer que le ha salido a la economía capitalista, consecuencia de un afán desmedido de lucro y capital. La actual política penal represiva no ha hecho más que favorecerlo. Hay que aislarlo y luchar con él con sus mismas armas, quitándoles el mercado. Pero esto no puede suceder más que quitándoles a los clientes, ofreciéndoles, en condiciones sanitarias y económicas aceptables, el producto que éstos desean” *Muñoz Conde/Aunión Acosta*, 1993, p. 570.

<sup>23</sup> Sobre la violencia y la corrupción como consecuencia de la ilegalidad de las drogas véase *Lyman/Potter*, 2011, pp. 201 ss., quien enfatiza en la discusión sobre las precondiciones de la corrupción policial y realiza un análisis comparado del tema en algunos países latinoamericanos; en ese sentido *Gray*, 2001, pp. 72 ss., quien muestra como, a manera de círculo vicioso, el incremento de medidas represivas aumenta proporcionalmente los precios de las drogas y la producción de las mismas.

<sup>24</sup> Grupo de Estudio de Política Criminal “Manifiesto para una nueva política sobre la droga”, documento aprobado en el Encuentro sobre alternativas a la actual política para drogas, que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga el 2 de diciembre de 1989, Publicado por el Departamento de Derecho Público. Área de Derecho Penal de dicha Facultad. Málaga 1990.

<sup>25</sup> Acerca de la erosión de la protección de derechos fundamentales véase *Gray*, 2001, pp. 95 ss. Una importante evaluación de los costos de las violaciones en derechos humanos a causa de la lucha antidrogas puede verse en

fundamentales de los consumidores se afianzan y exacerbaban por medio de la discriminación sistemática contra quienes consumen drogas. Este *énfasis represivo y discriminatorio* se legitima con representaciones morales que demonizan y deshumanizan a las personas que usan drogas y las exhiben como la representación de un "mal social" amenazante del valor de la opinión pública y el estado de salud<sup>26</sup>. En este sentido, las personas que usan drogas ilegales son a menudo uno de los sectores más marginados y estigmatizados de la sociedad, además, sometidos a una amplia gama de violaciones de derechos humanos<sup>27</sup>.

Estas políticas afianzan y exacerbaban la *discriminación sistemática* contra las personas que usan drogas y dan lugar a violaciones generalizadas que van desde la negación de los servicios de salud hasta las prácticas abusivas de las fuerzas del orden, el encarcelamiento en masa y las ejecuciones extrajudiciales<sup>28</sup>. Adicional a ello, en términos de Escohotado, “La historia humana no conoce una sola droga que haya dejado de consumirse o desaparecido por ser prohibida, pero muestra que su empleo tiene muchas más posibilidades de hacerse delirante si se prohíbe; lo adherido a la ilegalización (adulteraciones, contacto con ambientes criminales, precios usureros, inseguridades en el suministro, mitos) erosiona el sentido crítico del usuario, haciendo que tienda a consumirla con menos mesura. Una droga no es solo un cierto compuesto químico, sino algo cuyos efectos dependen de las condiciones vigentes para el acceso a ella”<sup>29</sup>. En presencia de este escenario un mínimo de racionalidad instrumental exigiría preguntarse si los problemas asociados al uso y tráfico de drogas son realmente un problema que pueda ser resuelto por medio del derecho penal<sup>30</sup>.

---

“La Guerra contra las drogas. Socavando los derechos humanos”, en “Countthe Cost 50 years of the war on drugs”.

<sup>26</sup> Sobre la imagen del drogadicto como una construcción social véase in extenso Schneider 2000, pp. 9 ss., quien además plantea la existencia de una divergencia entre la imagen real y normativa del problema de las drogas y reevalúa la construcción normativa sobre dicho problema.

<sup>27</sup> Véase Beckley Foundation, 2008, pp. 11 ss., en donde se expone como el enfoque internacional de control de drogas ha conducido a la demonización y deshumanización del consumidor de drogas, quien termina siendo representado como un mal social.

<sup>28</sup> Un panorama global de la muerte como pena (extrajudicial) para los consumidores de drogas puede verse en *Gallahue/Lines*, 2010, pp. 10 ss.; sobre la gama de castigos para consumidores véase EMCDDA 2009a, pp. 9 ss.

<sup>29</sup> *Escohotado*, 2008, p. 656; sobre la demonización y deterioro en la salud del consumidor véase también *Gray*, 2001, pp. 95-136.

<sup>30</sup> “Si no se puede ganar la guerra ¿qué cabe hacer? Es de Perogrullo que se necesita buscar una opción diferente. Pero esta opción no pasa solamente por acabar con la guerra, sino, además, que ha de plantearse un sistema

### 3. Socavamiento de principios básicos de derecho penal

El verdadero resultado de estas reformas es, con todo, el progresivo socavamiento de los principios básicos del Derecho penal de un Estado de Derecho, que ve cómo se incriminan comportamientos que poco o nada tienen que ver con el bien jurídico que se dice proteger. Se procura someter a *idéntico tratamiento niveles de intervención* (preparación, tentativa, consumación) que nunca se deberían asimilar; se copian textos internacionales inaceptables<sup>31</sup> desde el prisma de la tipicidad penal y absolutamente extraños a las tradiciones jurídicas nacionales; y se *aumentan, en fin, las penas* de manera impredecible llegando a los niveles más altos de la escala punitiva para unos delitos que se configuran como tipos de peligro abstracto de un bien jurídico colectivo: la salud pública. Pero no solo en el ámbito de la definición de los delitos sino también en los desarrollos procesales se advierten estas consecuencias. La relajación de los límites procesales lleva a la admisión de intervenciones peligrosas para la propia vida humana y a la promoción de mecanismos como el arrepentimiento y la delación, altamente distorsionadores de las reglas generales de la intervención penal y de la determinación de la pena<sup>32</sup>.

### IV. Visiones técnicas vs. Visiones religiosas o ideológicas

Vista la unanimidad con que las informaciones empíricas<sup>33</sup> muestran el *fracaso de las políticas antidrogas* para disminuir el tráfico y el consumo de drogas en el mundo y comprobada la persistencia de estas conductas, no podemos más que concluir que se trata de uno de los instrumentos de regulación social más arrogante e inútil<sup>34</sup>. Pero debido a que el

---

diferente al represivo actual, pues es este el que ha llevado a la guerra. Se trata de programar una política, en que el derecho recobre su capacidad de mediación y de resolución de conflictos” (Bustos Ramírez 1994, p. 139).

<sup>31</sup> Sobre las limitaciones de las convenciones internacionales sobre drogas véase *Chatterjee*, 1989, pp. 7 ss.; también Beckley Foundation, 2008, pp. 13 ss.

<sup>32</sup> *De la Cuesta Arzamendi*, 1999, pp. 87-135; Para el caso italiano véase *Manna/Ricciardelli*, 1989, pp. 195 ss.

<sup>33</sup> Entre otras investigaciones cuantitativas véase ONU 2012, pp. 9 ss.; EMCDDA 2013, pp. 11 ss.; EMCDDA 2012, pp. 13 ss.; *Schweer* en *Kriminalpolitik* 2008, pp. 173 ss.; también véase *Gersemann*, 1997, pp. 181 ss.; *Estermann* (ed.), 1997, pp. 188 ss.; *Pies*, 1997, pp. 195 ss.

<sup>34</sup> Por ejemplo, en su monumental trabajo sobre las drogas en los Andes y su relación con EEUU, *Thoumi* anota que “el apoyo social con el que cuentan las actuales políticas de los Estados Unidos es alto, pero bastante débil entre académicos y analistas. Un estudio reciente sobre puntos de vista políticos entre funcionarios del Congreso, académicos, profesionales de centros de pensamiento político (thinkthanks) y consultores de Washington, encontró un consenso sobre la necesidad de cambiar las políticas y la imposibilidad de hacerlo en el corto y mediano plazo. Todos los entrevistados en dicho estudio coincidieron en que ningún político percibe ganancias asociadas con la promoción del cambio en las políticas” (2002, p. 47).

derecho no es un sistema de la naturaleza que pueda mantenerse de forma independiente de la voluntad de otros, sino resultado del escenario político y fruto del juego de equilibrios y negociaciones políticas, resulta necesario concluir que la *ineficacia para realizar las funciones declaradas* no quiere decir que no sea útil para algunos o que no sirva para alcanzar determinados fines, o en terminología criminológica, que no cumpla unas funciones latentes.

Así, aunque la historia de la legislación prohibicionista en el occidente moderno ha estado acompañada por un contrapunto permanente consistente en informes de comisiones médicas y jurídicas, investigaciones empíricas y juicios políticos contrarios a las finalidades declaradas por los promotores de la “lucha contra las drogas”<sup>35</sup>, lo cierto es que no es fácil encontrar un instrumento menos dispuesto a dejarse informar por las condiciones empíricas de su realización.

Una característica que ha identificado las cruzadas modernas contra las drogas es la *desatención absoluta de los criterios médicos y farmacológicos* elaborados para evaluar sus consecuencias. Las visiones religiosas e ideológicas que animan los instrumentos creados para enfrentarse al “problema de las drogas” repudian cualquier aproximación que niegue los supuestos efectos nocivos que se predicán de las drogas o que enfrenten el estigma impuesto a algunos grupos sociales<sup>36</sup>. Sencillamente, toda evidencia que desnude el carácter ideológico de la lucha contra las drogas, y mucho más aún si describe la incidencia de la prohibición en la creación del *problema*, es tratada como parte de lo que hay que enfrentar<sup>37</sup>.

---

<sup>35</sup>“Sería un error pensar que esta línea de razonamiento no estuvo presente desde el comienzo de la cruzada. Junto a aquellos que se afanaron por crear una conciencia del problema, hubo desde el principio otros – farmacólogos en su mayoría- que fecharon la aparición del problema en el momento de imponerse medidas prohibicionistas” (*Escotado*, 2008, p. 656); sobre las consecuencias no declaradas véase *Pryce*, 2012, Capítulo 5, en el que se describen las consecuencias no deseadas de la prohibición en los ámbitos ideológico, económico, social y político. Discute en detalle el crecimiento de los mercados ilícitos y no imponibles, la criminalización de un gran número de la población, y el aumento de la corrupción y la inestabilidad política.

<sup>36</sup> En ese sentido véase *Lyman/Potter*, 2011, pp. 35 ss., con un especial recuento de la historia del abuso de drogas en el siglo XX.

<sup>37</sup> “Justamente en 1951 el Congreso aprobó la *Boggs Act*, un precepto que imponía condenas mínimas a dos años de cárcel por primera implicación (léase consumo y simple tenencia, de cualquier cantidad), descartando el perdón de Sala o la libertad condicional en caso de reincidencia. Si lo específico de la interpretación gubernamental de la ley Harrison había sido privar al estamento médico de discrecionalidad sobre el uso médico de ciertos fármacos, lo específico de la ley Boggs fue suprimir la discrecionalidad judicial. En el trasfondo de la norma había algunas insinuaciones de la FBN a las cámaras, en el sentido de que se observaba una excesiva clemencia de la judicatura con *dope fiends* (...) Como era de esperar, el precepto no sólo sentó mal a la judicatura, sino a las demás profesiones relacionadas con el derecho. Sin demora, la *American Bar Association* –

## **B. La creación de una conciencia sobre el problema: Análisis ideológico de la salud pública**

### **I. Delimitación de la investigación**

Quien pretenda acercarse al “problema de las drogas” desde el análisis de la legislación prohibicionista deberá operar la *tramoya* que dispone el juego de luces y de sombras, de intereses privados y frustraciones públicas, sobre el cual se juega uno de los temas más polémicos y trascendentales para las sociedades modernas. La *ineficacia del derecho antidrogas* lo convierte en un instrumento inútil y hasta nocivo para las sociedades en su conjunto, pero rentable y necesario cuando de mantener estatus de poder y posiciones privilegiadas se trata. La legislación antidroga se mantiene por su funcionalidad para favorecer grupos de poder, nacionales e internacionales, que lo usan contra personas y contextos definidos como peligrosos, indeseables y sacrificables.

La conversión del derecho en un rígido instrumento de guerra, se logra extrayéndole toda maniobrabilidad y toda posibilidad adaptativa a las condiciones de la vida. La estructura normativa, que sólo se completa cuando coinciden un supuesto abstracto y un suceso de la vida real, a través de un ejercicio de subsunción que debe permitir la realización de valores como la equidad y la certeza, pero sin trasponer el límite de la justicia del caso, se ve reemplazado por un ejercicio de control social vertical que sacrifica el mundo de la vida en el altar de valores universales ajenos a cualquier referente de justicia del caso concreto. Conjuntamente a la privación de la capacidad de los jueces para adaptar la norma a cada caso específico, se aumentan los poderes de policía y las medidas excepcionales<sup>38</sup>. La rigidez de la

---

agrupación de los colegios de abogados de todo el país- solicitó al Congreso una revisión del precepto, entendiendo que vulneraba principios jurídicos fundamentales y seguía una orientación equivocada. La Cámara Alta aceptó la propuesta y creó un subcomité para evaluar el problema, cuyas deliberaciones fueron muy lentas. Pero la lentitud no evitó un resultado sorprendente para jueces y abogados. El senador Daniels y sus colegas consideraron infundados los reparos jurídicos y atendieron a la FBN. Ya no se trataba sólo de drogas provenientes de razas pueriles y degeneradas, o de guetos negros y portorriqueños en las ciudades del nordeste. La permisividad en ese terreno era una maniobra china y rusa para desmoralizar a América”, cit., *Escotado*, 2008, p. 732.

<sup>38</sup> Entre otros véase al respecto *De La Cuesta Arzamendi*, 1999, p. 20; sobre la forma como el enfoque prohibicionista conduce a prácticas abusivas por parte de la policía en el control de las drogas véase Beckley

legislación se logra a través de un *giro interpretativo que excluye cualquier requisito formal y sustantivo* propio de cualquier norma positiva en un Estado de derecho. La norma criminalizadora establece un soliloquio en el que cualquier referencia externa que describa sus fracasos fácticos se convierte en parte del problema que hay que combatir.

Esta legislación así construida también se caracteriza por *omitir cualquier referencia externa* o proveniente de los estamentos médicos y jurídicos que se oponga desde criterios científicos o políticos a la bondad del prohibicionismo. La lucha contra las drogas no puede permitirse relativizar o flexibilizar sus instrumentos de guerra, considerando criterios “seudocientíficos” o falsamente humanitaristas que lo único que buscan es permitir que el enemigo se reacomode. Permitir que el derecho consulte datos externos provenientes de las disciplinas agrupadas como ciencias sociales, o que intente corregirse a partir de juicios de efectividad o valores constitucionales puede llevar a perder la guerra, pero sobre todo puede debilitar un instrumento de control social que ha mostrado su funcionalidad para consolidar posiciones políticas y económicas, al tiempo que estigmatiza y excluye a poblaciones indeseables. Desde las primeras cruzadas legales contra las drogas, los poseedores de una voz disidente, fundada en estudios científicos o en su propia observación de la realidad son tratados como cómplices irresponsables, conniventes con los traficantes y culpables de antipatriotismo.

En este trabajo se mostrará cómo la legislación *en materia de tráfico de drogas* en España, seguirá estos postulados y una importante línea del *Tribunal Supremo Español* se encargará de mantenerlos en su aplicación.

Las políticas antidrogas se han mantenido alejadas de toda evidencia porque han logrado que el precio de una política nociva sea cubierto por el eslabón más débil de la cadena: grupos sociales desfavorecidos, contradictores políticos y/o morales, drogodependientes y más recientemente inmigrantes, o cualquiera otra persona sin relevancia social, se convierten en sujetos sacrificables que cumplen la doble función descrita para los chivos expiatorios en las sociedades antiguas: “hombres sagrados a los que cualquiera puede dar muerte”<sup>39</sup>, material

---

Foundation, 2008, pp. 24 ss.; diferentes análisis empíricos sobre el trabajo de la policía en Alemania véase en *Stock/Kreuzer*, 1996, pp. 73 ss.; también *Busch*, 1999, pp. 14 ss.; *Estermann*, 1997, pp. 75 ss.

<sup>39</sup> Un autor italiano como *Giorgio Agamben* podría enseñarnos la manera de entender el tratamiento de los inmigrantes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español. Su estudio de la nuda vida, esa figura humana que resulta de la excepción normalizada, tratado como enemigo con los mismos instrumentos del Estado de derecho, sobre el cual ha mantenido que es “la vida a quien cualquiera puede dar muerte pero que es a la vez

para renovar la solidaridad social en un ritual punitivo y vindicativo, en el que participan los grupos sociales integrados, a solicitud de los grupos sociales dominantes.

*Escobedo*, recordando los preparativos para la primera legislación federal represiva, afirma que “La meta del proyecto de ley es traer todo el tráfico y el abuso de drogas a la luz del día, y crear con ello una opinión pública contra su empleo”, y concluye después que “Efectivamente, estaba claro desde el principio que la opinión mayoritaria no era consciente del mal, y que por eso mismo no se sentía realmente inclinada a aniquilarlo. Se trataba, como en Shanghai, de crear una opinión pública. El usuario de narcóticos era presentado como una amenaza antiamericana análoga a comunistas y anarquistas, con rasgos de ruindad afines a los delincuentes sexuales y matices de “cáncer racial”. Una vez más, aparecía en circulación – ahora promocionado en el seno del Legislativo- un sujeto capaz de compendiar toda la basura de la sociedad. Gracias a él las buenas gentes podrían sentirse unidas en la piadosa tarea de descontaminar su propio ser liquidando la vida de otro” (*Escobedo*, 2008, p. 624).

Sobre la base de estas ideas y políticas, España diseña y desarrolla su legislación antidrogas, como muchos otros países, ante una sociedad que tampoco señalaba a las drogas como uno de sus problemas más destacados. Un derecho antidrogas que será utilizado como un *instrumento de control social* útil, en el plano internacional, para mantener el injusto *status quo* mundial y en el plano nacional, para combatir, entre otros, a los ciudadanos del tercer mundo, portadores de uno de los principales estigmas del mundo moderno –el de traficantes de drogas-.

En la medida en que este derecho no responde a las utilidades preventivas propias, se ve obligado a desdibujar sus principio y límites, siendo un ejemplo claro de ello *la doctrina construida por el Tribunal Supremo Español para negarle un sitio a la eximente, ya sea completa o incompleta, del estado de necesidad*, que constituye el objeto central de este trabajo. Para la realización de este objetivo se describirá la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español relacionada con el delito de tráfico de drogas, especialmente relacionada

---

*insacrificable* del homo sacer, cuya función esencial en la biopolítica moderna hemos pretendido reivindicar. Una oscura figura del derecho romano arcaico, en que la vida humana se incluye en el orden jurídico únicamente bajo la forma de su exclusión (es decir de la posibilidad absoluta de que cualquiera le mate), nos ha ofrecido la clave gracias a la cual no sólo los textos sagrados de la soberanía, sino, más en general, los propios códigos del poder político, pueden revelar sus arcanos. Pero, a la vez, esta acepción, que es quizás la más antigua del término *sacer*, nos ofrece el enigma de una figura de lo sagrado que está más acá y más allá de lo religioso y que constituye el primer paradigma del espacio político de Occidente” (*Agamben*, 1998, p. 18); Para más referencias sobre la relación política antidrogas y discriminación véase supra nota a pie 20.

con la eximente del estado de necesidad. La jurisprudencia analizada cubre un periodo temporal de 15 años (desde 1997 hasta 2013), a lo largo del cual se afianzó un ideario político criminal en torno al tráfico de drogas, que determinó el tratamiento jurisdiccional. Y que, sin embargo, en los últimos años se ha ido abriendo camino una línea alternativa, que a nuestro entender permitiría dar un paso más mediante la aceptación de esta eximente. Al análisis de ese ideario y al develamiento de los factores que han incidido en su construcción se dirigen las siguientes páginas.

### **1. Ámbito normativo: Arts. 368 y ss del Código Penal español**

El CP de 1995 ha tipificado en el Capítulo III del Título XVII una serie de delitos bajo la rúbrica “*De los delitos contra la salud pública*”, entre los que destacan figuras delictivas tan distintas como el delito de elaboración y tráfico ilícitos de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos (arts. 359 y 360 del CP), el delito farmacológico (arts. 361 y 362 del CP), el delito contra el dopaje en el deporte (art. 361 bis del CP), los delitos relacionados con productos alimentarios, sustancias alimenticias, bebidas o productos destinados al consumo (arts. 363, 364 y 365 del CP), a los que les son aplicables los arts. 366 y 367 del CP; y, finalmente, los delitos de cultivo, elaboración o tráfico —y posesión para el tráfico— de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 368 y ss. del CP). De esta amplia gama de conductas delictivas nos vamos a centrar en este trabajo en los arts. 368 y siguientes.

De lo planteado en los apartados anteriores se infiere que la investigación intentará descifrar en la interpretación a la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español aquellos referentes de valoración respecto del estado de necesidad en el caso de drogas. Si bien el Tribunal Supremo ha reconocido la importancia de concederle un espacio a la pregunta por el grado de justificación que puedan tener las conductas en caso de tráfico de drogas en virtud de la existencia de un estado de necesidad, por tratarse del bien jurídico de la salud pública, el Tribunal ha establecido un criterio jurisprudencial muy *restrictivo en la aceptación de la justificación completa, o incompleta, en virtud del estado de necesidad*. En ese sentido, se hace relevante la apreciación y contradicción y las prácticas interpretativas del Tribunal Supremo, toda vez que el análisis de sus decisiones en materia de tráfico de drogas permitirá revelar sus inconsistencias y abusos en la valoración a los elementos justificantes del estado

de necesidad y, especialmente, su ideología respecto al problema del tráfico de drogas y las afectaciones a la salud pública.

## 2. Bien jurídico protegido

Según la doctrina mayoritaria<sup>40</sup> y la jurisprudencia<sup>41</sup> el bien jurídico protegido en este amplio conjunto de figuras delictivas es la *salud pública*, pero en relación con este objeto de tutela nos encontramos con posturas que defienden que la salud pública es un *bien jurídico colectivo* con una autonomía y contornos propios. Otras posturas consideran que la salud pública constituye una *protección mediata de la vida o la salud* de las personas con una autonomía bastante más reducida o prácticamente nula. Otro sector doctrinal estima, sin embargo, que lo fundamental es la *protección de las expectativas de seguridad* que tienen los individuos que conforman la sociedad sobre el uso y consumo de productos. Por último, para determinados autores<sup>42</sup> en estos delitos sólo se protege *la vida y la salud* de las personas.

Cualquier referencia a la salud pública como bien jurídico protegido con el tipo penal del tráfico de drogas debería evitar caer en el fácil comentario técnico-dogmático con pretensiones de neutralidad<sup>43</sup>, reconociendo por el contrario su *textura ideológica*. La salud pública no es una entidad preexistente a las prácticas y los discursos que la constituyen, sino una realidad impuesta como resultado de múltiples relaciones de poder<sup>44</sup>. Así la legislación prohibicionista se presente en muchas ocasiones como protegiendo intereses intrínsecos a lo humano e indispensables para la convivencia colectiva, no puede desconocerse su artificialidad, su condición de resultado de discursos y prácticas estratégicamente articulados

---

<sup>40</sup> Ver, entre otros, *Córdoba*, en EPC, N° 4 (1979/1980), p. 19; *Muñoz Conde*, 1999, p. 623 ss.

<sup>41</sup> SSTS 2981/1979 de 2 de julio de 1979; 3222/1981 de 14 de julio de 1981; 4664/1982 de 14 de julio de 1982; 3023/1985 de 18 de junio de 1985, entre muchas otras.

<sup>42</sup> Sobre las diferentes posturas ver, entre otros, *Muñoz Conde*, 1999, p. 603.

<sup>43</sup> El perfil técnico neutral que encubre situaciones de poder y violencia ha sido descrito por Oriol Romani: “De manera progresiva y en ocasiones contradictoria, los argumentos prohibicionistas se van transformando para mostrar, finalmente, un aspecto sanitarista de base científica; entendiendo por tal, claro está, la del positivismo dominante que, en general, no se plantea ninguna ruptura epistemológica con el sentido común dominante respecto al tema que analiza, o ningún problema metodológico por el hecho de trabajar con poblaciones cautivas, o de manejar cuestiones estigmatizadas, etc. Es un discurso que, por lo menos en el campo de las drogas, llega a presentarse con toda la arrogancia del que tiene, sin duda, la verdad, por ser el más científico”. *Romani*, 1999, p. 49).

<sup>44</sup> Sobre la salud pública como una nueva moralidad véase *Petersen/Lupton*, 2000, pp. 1 ss.; *Schneider* 2000, pp. 57 ss.; *Drucker* PHR 1999 Jan-Feb; 114(1), pp. 14–29 con más referencias.

para la obtención de ciertas condiciones de poder. La historia de la salud pública es la historia del paradigma prohibicionista, por lo que su definición y contenido dependerá de variables culturales, políticas y económicas relacionadas con el campo de fuerzas sociales dominantes en un momento histórico determinado.

El origen de la salud pública como objeto de protección de la legislación prohibicionista se encuentra en la maniobra liderada en la década de los cuarenta del siglo XX por el estamento médico en su búsqueda por mantener el monopolio sobre el consumo y uso de drogas, hasta evolucionar para convertirse en un movimiento para abordar la salud pública en las décadas de los 80 y 90<sup>45</sup>. Podría decirse del *concepto de Salud pública* que en tanto se trata de un delito de peligro abstracto es de una materialidad inmaterial, un ente escasamente definible<sup>46</sup> *extraño a las reglas mínimas de determinación empírica* de cualquier ley penal en un Estado de derecho. Debe decirse también que viene siendo desarrollado casi siempre a partir de técnicas legislativas asistemáticas<sup>47</sup> y subordinado a las exigencias de una política de coyuntura en permanente transformación<sup>48</sup>, que ha hecho imposible la evaluación de los resultados obtenidos en cada momento histórico.

---

<sup>45</sup> Para ver el papel del estamento médico en la creación del problema de las drogas y su posterior afiliación a la salud pública, cfr. *Escotado*, 2008, p. 700 y *Thoumi*, 2002, pp. 52 y ss.

<sup>46</sup> Para muchos se trata de un adelantamiento de la protección de la vida y la integridad individual, pero aun así el concepto de salud pública conserva una evidente indeterminación.

<sup>47</sup> “La no inclusión de los delitos relativos a las drogas en el CP –a pesar de la gravedad e importancia que se les atribuye y que suele aprovecharse para la inserción de reglas penales y procesales pretendidamente más eficaces y derogatorias de los principios generales en materia penal y procesal- se justifica, en ocasiones, además de en la conveniencia de una mejor conexión entre todas las medidas preventivas, represivas y de control, en la inevitable accesoriadad del tipo penal respecto de la legislación administrativa, en un campo en el que desde la misma determinación de las sustancias objeto de regulación hasta la legalidad o ilegalidad de las conductas dependen en gran parte de esta última. La dirección seguida en España pone, con todo, de manifiesto los escasos problemas derivados en este campo de la no coincidencia en un mismo texto de la disciplina penal y administrativa y la posibilidad de construcción de tipos penales (parcialmente en blanco) suficientemente delimitadoras del núcleo de las conductas prohibidas con respecto del principio de legalidad” *De La Cuesta Arzamendi*, (1999), p.

<sup>48</sup> Aunque es cierto que la referencia de la salud pública no agota los bienes jurídicos que se dicen protegidos mediante las legislaciones prohibicionistas, pues “suele ser habitual en la doctrina española añadir, junto a aquél, la propia salud individual, la juventud, la seguridad colectiva y el orden público –que, curiosamente, la política represiva actual, al dificultar el acceso a la droga y disparar sus precios, muchas veces contribuye a agravar-, el monopolio del Estado sobre ciertas sustancias y hasta la propia estructura económica e institucional de la sociedad. No faltan incluso quienes, en una óptica restrictiva, de lege ferenda consideran preciso estructurar a estos delitos como puros atentados contra la libertad personal, bien jurídico que, por lo general, suele entenderse ya contemplado cuando se alude a la salud pública”, *De La Cuesta Arzamendi*, 1999. Este texto se ocupará

Pero de su indeterminación jurídica parece derivarse su funcionalidad política. Este texto está interesado en mostrar, por un lado, el *carácter indeterminado* del concepto de *salud pública* y, por otro lado, las serias y significativas *consecuencias* que se desprenden de ello para el *derecho penal*<sup>49</sup>. El hecho de que la salud pública sea un concepto indeterminado y que su lesión se constituya como un delito de peligro abstracto; es decir, la ausencia de un referente empírico previamente establecido (criminalización primaria) que posibilite el control de la actividad de los agentes que operan el poder punitivo (criminalización secundaria), implica contradecir una de las premisas y promesas esenciales del Estado de derecho, que nos informa que la ley es igual para todos y que su aplicación es imparcial por cuanto no depende de la voluntad discrecional de nadie. Por el contrario, lo que se advierte en el tratamiento punitivo en torno a la salud pública, es una progresión del tratamiento selectivo propio de todo sistema penal, causado por la subordinación de las reglas que el derecho promete<sup>50</sup>, a las relaciones de poder político y económico expresadas a través de las personas y circunstancias involucradas en el caso concreto<sup>51</sup>.

Se impone entonces una discusión sobre las circunstancias y significados sociales que permiten la construcción de la salud pública como objeto de protección de la legislación prohibicionista. Una regla de método que se impone este trabajo consiste en descartar cualquier significado ontológico en torno a las categorías básicas del mundo de las drogas así como de su tratamiento y respuesta institucional. Las líneas constituyentes de la salud pública componen un campo de fuerza, un escenario donde se acrisolan intereses, estrategias y decisiones de orden político y económico.

---

especialmente de la salud pública debido a que se trata de la referencia protagónica en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español.

<sup>49</sup> Sobre las consecuencias en materia jurídico penal véase supra A. III. 3. Socavamiento de principios básicos de derecho penal.

<sup>50</sup> A partir de rigurosos ejercicios de conceptualización científica o de declaraciones de principios relacionadas con la democracia y el Estado de derecho.

<sup>51</sup> Por supuesto, el problema de la producción, tráfico y consumo de drogas no es el de un un esquema que se pueda reducir a la economía, pues “las razones por las cuales la gente produce drogas son muy complejas y no sólo dependen de su carácter lucrativo, sino del tipo y naturaleza del capital humano, el capital social y las instituciones sociales” (Thoumi, 2002, p. 352).

## II. Magnetismo de conceptos y legislación prohibicionista

### 1. Seguridad pública y salud pública

La explicación del éxito de la legislación prohibicionista parece encontrarse entonces en su *efectividad para encarcelar y controlar poblaciones*, antes que en un abstracto y acomodaticio concepto de salud pública<sup>52</sup>. Ya González Zorrilla se había referido a ello al definir a la legislación prohibicionista como a un derecho penal simbólico, en el cual “el fin último de la norma busca más afirmar un valor –“el consumo de drogas constituye un peligro para la salud pública”- que proteger un bien jurídico –“la salud de los consumidores”-”<sup>53</sup>. Por ello resulta que *el problema de las drogas* se define como un asunto de seguridad –la seguridad privada de los españoles integrados-, antes que como un asunto de salud pública: “la discusión sobre la legitimidad constitucional de perseguir el consumo de drogas para defender el derecho a la salud –convirtiendo así el derecho a la salud, en una obligación de salud- se ha pretendido obviar persiguiendo tan sólo el consumo público y definiendo dicho consumo no como atentado a la salud –en cuyo caso también debiera haberse perseguido el consumo privado-, sino un peligro para la seguridad ciudadana”<sup>54</sup>.

Pero bajo esta *estrategia discursiva* se esconde realmente un juego de luces y de sombras. Se sabe que con su énfasis en el individuo desviado y en la responsabilidad individual, el sistema penal logra esconder cualquier referencia al contexto social y económico<sup>55</sup>. Opera así una especie de blanqueamiento de la estructura política y económica que funciona como condición de posibilidad de la degeneración patológica de las conductas de uso y tráfico de drogas. La pregunta sobre la responsabilidad individual y la elaboración de los criterios que sirven para determinarla se elaboran en un universo abstracto y despersonalizado, del cual desaparecen no solo las condiciones sociopolíticas de la acción sino la propia situación histórica del acusado.

---

<sup>52</sup> Para más referencias en ese sentido véase supra nota a pie 44.

<sup>53</sup> González Zorrilla, 1999, pp. 233-245 (ejemplar dedicado a la política criminal).

<sup>54</sup> González Zorrilla, 1999, p. 240.

<sup>55</sup> En ese sentido también O’Gorman en EMCDDA 2000, pp. 137 ss., quien resalta como bajo este discurso de la exclusión social se ocultan y se encapsula el desarrollo de nuevos problemas sociales.

Debido a que las políticas prohibicionistas se han construido sobre el eje de la protección de la salud pública, presentada como la razón explícita de su existencia<sup>56</sup>, los juicios de justificabilidad y de justificación<sup>57</sup> aplicados a la legislación penal contra el uso y tráfico de drogas, hacen que este instrumento no pueda hacerse el de los “oídos sordos” ante los resultados obtenidos en la práctica. Ha sido suficientemente demostrado que la prohibición, al evitar el control por parte del Estado o de organismos públicos sobre la producción y venta de drogas, las convierte en un producto de escasa calidad, sometida a los intereses económicos de personas que hacen de la clandestinidad el principal factor de su enriquecimiento<sup>58</sup>. Los consumidores se ven arrojados a un mundo hostil y con perversas repercusiones para su salud, sujetos a inescrupulosas reglas del mercado que operan como el único criterio de los intercambios que establecen con los traficantes<sup>59</sup> y objetos de un fuerte estigma que los aleja de cualquier apoyo social<sup>60</sup> y los hace presa fácil de las instancias de criminalización secundaria<sup>61</sup>.

---

<sup>56</sup> “La criminalización nace con un objetivo declarado: la represión de conductas que lesionen o pongan en peligro la salud pública (bien jurídico protegido por los tipos penales que persiguen el tráfico de drogas).” (*González Zorrilla*, 1983, p. 197); sobre la naturaleza del problema de las drogas y la historia de los abusos a la misma véase también *Lyman/Potter*, 2011, pp. 3 ss. y 35 ss.; también *Uso*, 2006, pp. 37 ss.

<sup>57</sup> Véase supra I. La legislación antidroga como sistema autorreferente.

<sup>58</sup> Sobre la economía del tráfico de drogas, la elasticidad de la demanda, el mercadeo y la distribución de droga ilegal véase in extenso y con más referencias *Lyman/Potter*, 2011, pp. 125-164.

<sup>59</sup> “El heroinómano no sabe si lo que le venden es heroína Brown de especial calidad, o polvo de ladrillo machacado, o yeso en lugar de heroína. Las muertes por sobredosis tienen aquí una de sus causas, igual que el SIDA, la hepatitis B y otro tipo de enfermedades” *Muñoz Conde/Aunión Acosta*, 1993, p. 570; sobre los efectos ilegales del consumo de drogas desde la ilegalidad véase también *Seidenberg*, 1997, pp. 16 ss.

<sup>60</sup> A tal punto aparecen dependientes las variables de adicción y legislación prohibicionista, que *Escohotado* aconseja consultar la legislación penal como condición para conocer los estilos de consumo en una sociedad determinada “La configuración de la población adicta de una nación puede predecirse con mayor facilidad a partir del conocimiento de la clase de control legal en vigor. El control que se realiza por medio de la prohibición y de la represión policiaca parece asociarse regularmente con la concentración de la adicción en los jóvenes, varones, habitantes de ciudades, de las clases bajas o de los sectores criminales con más fácil acceso a las formas ilegales de drogas” (*Escohotado*, 2008, p. 672); Sobre la demonización y degradación del consumidor como un mal social véase *Gray*, 2001, pp. 123 ss.

<sup>61</sup> Por su parte, las grandes corporaciones internacionales dedicadas al macrotráfico y al “blanqueo” de los recursos obtenidos en las instancias más productivas del continuum del tráfico han desarrollado importantes mecanismos de inmunidad contra las instancias de criminalización, entre los cuales se encuentra su capacidad de camuflarse con las actividades económicas legales.

En la construcción del problema de las drogas, la referencia a la *seguridad nacional* o la *salud pública* –fácilmente intercambiables entre sí<sup>62</sup>-, ha hecho que la respuesta institucional, así se haga por medio del derecho, adquiera la intensidad de una intervención bélica. De igual forma, habría que ver el magnetismo de conceptos como la Seguridad nacional y la Salud Pública, capaces de aglutinar una infinidad de campos de la realidad que originalmente no muestran ninguna relación entre sí y de irradiar sobre ellos la misma lógica bélico-punitiva que caracteriza la legislación prohibicionista. Los casos delictivos relacionados con drogas no describen un *continuum* de acciones emparentadas sino un campo de rupturas artificialmente manipulado para mostrar una unidad inexistente: ¿Qué relación puede tener un ámbito como el de los delitos contra la salud pública, constituido por conductas como el tráfico o el contrabando de drogas, con delitos contra la propiedad cometidos por adictos a las drogas o con delitos contra la vida, la integridad personal o la seguridad vial inducidos por el consumo de drogas, o con delitos contra la seguridad interna cometidos por inmigrantes irregulares? No obstante que ninguna relación intrínseca permite asimilar estos apartados normativos, lo cierto es que en el campo de las estadísticas<sup>63</sup> han aparecidos sumados para mostrar una gravedad cuantitativa del “problema de las drogas”<sup>64</sup> y justificar así intervenciones bélico-punitivas.

Este uso equívoco de las estadísticas resulta bastante indicativo de las estrategias que ha operado en el escenario de la lucha contra las drogas. Así, es común encontrar la existencia de estudios científicos de orden *empírico*<sup>65</sup> o *cualitativos*<sup>66</sup> que contradicen la efectividad y la

---

<sup>62</sup> Habría que poner de presente la similitud entre las políticas prohibicionistas de EEUU basadas en la doctrina de la seguridad nacional, y la política prohibicionista española basada en la protección de salud pública. La primera busca proteger a la población norteamericana y al modo de vida americano de amenazas externas provenientes del eje del mal, y la segunda, concibe el tráfico de drogas como “uno de los males sociales más graves, no solo por las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, sino por ser fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia, trágico que tal tráfico requiere (STS. 86/2005 de 10.2).

<sup>63</sup> Para más referencias sobre informaciones empíricas véase supra nota a pie 33

<sup>64</sup> Es bastante común en la doctrina del Tribunal Supremo Español encontrarse con referencias estadísticas universales, que no desagregan ni individualizan, y que remiten los problemas de la sociedad española, a los traficantes extranjeros “No cabe duda alguna -ha dicho esta Sala- que el tráfico de drogas, como la cocaína, constituye actualmente uno de los males sociales más graves, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, consecuencias que abarcan un amplio espectro, desde la ruina física, psíquica, económica y social del adicto, a la destrucción de relaciones familiares con el subsiguiente e inevitable sufrimiento que ello supone, sin olvidar la fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia trágicos que tal tráfico genera”. STS 6673/2011, de 4 de octubre de 2011, ponente Andrés Martínez Arrieta.

<sup>65</sup> Sobre informaciones empíricas y con más referencias véase supra nota a pie 33.

racionalidad de la política criminal antidrogas<sup>67</sup> junto a la persistencia de una misma línea de pensamiento y acción mantenidas a partir de engaños y de un evidente falseamiento de la realidad. De igual forma, la *manipulación de las estadísticas* parece una práctica cotidiana en los discursos oficiales sobre drogas, ya sea las que informan sobre la efectividad policial o judicial. Las estadísticas sobre el número de adictos o las estadísticas sobre muertes causadas por el consumo de drogas, todas ellas han sido objeto de un proceso de interpretación que permite ampliar el problema de las drogas con el fin de provocar la resonancia mediática más amplia posible y mantener la necesidad de una *política penal dura contra las drogas*. Al presentar como delitos relacionados con drogas, no sólo aquellos de tráfico o comercio, sino toda una serie de conductas sin relación aparente con estas como delitos de homicidio, hurto, accidentes de tráfico, violencia intrafamiliar, tráfico de influencias, lavado de activos y corrupción administrativa, se logra construir un gran problema al que después se articulan respuestas bajo el lema de “a grandes problemas, grandes soluciones”<sup>68</sup>.

En síntesis, lo único que resulta evidente de todo ello es que la política antidroga ha logrado mantenerse contra toda evidencia. Es ineludible preguntarse por qué razón, si las estadísticas muestran que el problema de las drogas es tan extenso, de tal forma que de un total de 1854 sentencias dictadas en un año por el Tribunal Supremo Español<sup>69</sup>, más de una tercera parte aparecen relacionadas con drogas<sup>70</sup>, situación que se ha mantenido de forma inalterada hasta la fecha, no se han acogido las políticas alternativas que intenten cambiar el rumbo de esta situación. Por el contrario, la tendencia represiva en el ámbito del tráfico de drogas parece

---

<sup>66</sup> Un panorama de diferentes estudios cualitativos sobre el uso y abuso de drogas puede verse en EMCDDA 2000, pp. 19 ss.

<sup>67</sup> No se ha tratado de falta de propuestas, pues en España las ha habido de sobra, entre las más significativas sirva citar las siguientes: (i) *González, C. et al.*; (ii) Informe de Investigación de la Comisión Droga-Delincuencia del Colegio de Abogados de Barcelona, publicado en 1991; (iii) y la del Grupo de Estudio de Política Criminal (Málaga, 1991). Las tres buscaban romper con la demonización de las sustancias y racionalizar, normalizar, el trato con las drogas, en particular, desde el prisma legal, mostrando los fracasos históricos a los que había conducido la línea dura en la lucha contra las drogas.

<sup>68</sup> Para demostrar la falsedad de las estadísticas sobre drogas, bastaría con echar una desprejuiciada mirada a la parte especial del CP español, para advertir que ha sido el propio legislador quien ha decidido negarle cualquier relación a estas conductas al tratarlas en títulos diferentes, a partir de bienes jurídicos diferentes.

<sup>69</sup> Cfr. *Muñoz Conde*, “Debe tenerse en cuenta que la frecuencia de este tipo de delitos ha provocado una jurisprudencia abundantísima, vinculada y condicionada por las particularidades del caso concreto, en todo caso bastante contradictoria y difícil de comprender con criterios puramente dogmáticos”, 1999,p. 627

<sup>70</sup> Resultados para el año 1999, aunque representativos de la media decidida por el Tribunal Supremo Español cada año. Cfr. *Muñoz Sánchez/Díez Ripollés*, 2002.

salir fortalecida de toda muestra de fracaso de la política antidroga. Lo que el sentido común exige interpretar como un rotundo fracaso de la política criminal contra las drogas, es ideológicamente tergiversado para ser presentado como una autorización que permite mantener la respuesta institucional sobre la línea penal.

Una segunda consecuencia que puede extraerse del juego de estadísticas presentado hasta ahora, es la existencia de una especie de *efecto metástasis*, a partir del cual se extiende el tratamiento punitivista que ha prevalecido en materia de tráfico de drogas para la protección de la salud pública, a delitos contra la propiedad, la integridad, la libertad sexual, la vida, el patrimonio y el orden socioeconómico cometidos por drogadictos o por personas bajo los efectos de las drogas. Al final, la fuerza ideológica que irradia el concepto de salud pública, resulta funcional no sólo para construir la respuesta punitiva contra los autores del art. 368 del CP español, sino también, por sobre todo, para permitir construir un cerco punitivo sobre minorías marginales y grupos sociales excluidos<sup>71</sup>.

## **2. El caso del blanqueo de capitales**

Sobre las consecuencias político-criminales que tiene la vinculación del bien jurídico de la salud pública con otros tipos penales que protegen bienes jurídicos diferentes a este puede confrontarse la discusión relacionada con el delito de “blanqueo de capitales” (art. 301 CP). Para la doctrina mayoritaria, el tipo de “blanqueo de capitales” no contiene un bien jurídico autónomo<sup>72</sup>, por lo que se plantea que “el bien jurídico de este ilícito es el mismo que el que tutela el delito previo o subyacente”<sup>73</sup>. Entre los bienes jurídicos tutelados con el tipo de blanqueo de capitales se encuentran menciones a la correcta circulación o tráfico de los bienes en el mercado, la libre competencia, la hacienda pública, la administración de justicia y por supuesto, a la salud pública (efecto expansivo de protección). De acuerdo con Arias Holguín<sup>74</sup>, al menos hasta la reforma de la LO 15/2003, la doctrina y la jurisprudencia del

---

<sup>71</sup> Para un panorama sobre la relación entre drogas y exclusión social en escenarios como los de minorías étnicas, pobreza y en diferentes países europeos véase EMCDDA 2000, pp. 117 ss.

<sup>72</sup> Muñoz Conde 1999, p. 521.

<sup>73</sup> Arias Holguín, 2011, p. 194.

<sup>74</sup> Arias Holguín, 2011, p. 197. Una prueba de ello es que incluso investigaciones con un fuerte tono crítico, como la producida por el Instituto de Investigaciones criminológicas de la Universidad de Málaga, incurren en la identificación del delito de blanqueo de capitales con el bien jurídico de la salud pública. Arias Holguín, 2011, p. 90.

Tribunal Supremo Español vinculaban de manera mayoritaria el *delito de blanqueo* de capitales con el bien jurídico de la *salud pública*, con lo cual aquel terminaba recibiendo una respuesta agravada debido a su conexidad con el tipo base del tráfico de drogas. Lo cierto es que la respuesta político-criminal consistente en agravar el tratamiento penal para el delito de blanqueo de capitales vinculado con los delitos contra la salud pública se encuentra expresamente recogido en el CP de 1995, que consagra en el segundo inciso del art. 301 que “Las penas se impondrán en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los arts. 368 a 372 de este Código”.

Con la asunción del paradigma prohibicionista, la judicialización del lavado de activos sufrió una modificación importante. Es así que con el objetivo declarado de “hacer posible la intervención del Derecho Penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas” se expidió la *L.O. 1/88 de 24 de marzo*, pretendiendo “incriminar esas conductas que vienen denominándose blanqueo de dinero de ilícita procedencia”, como literalmente señalaba la Exposición de Motivos. La reforma mencionada permitió la adaptación del delito de receptación - definido en el *art. 546 bis a)* del CP de la época-, a las nuevas necesidades de punición, refiriéndolo, no a los delitos contra los bienes objeto de la citada receptación genérica, sino a los delitos de tráfico de drogas de los *arts. 344 a 344 bis b)* CP tras la reforma de 1983, con las ampliaciones que se estimaron precisas, de modo que en esta nueva figura del delito la acción de aprovechamiento podía realizarse no sólo en favor del sujeto activo de la infracción (“para sí”, decía el *art. 546 bis a)*, sino también en beneficio de un tercero y, por otro lado, podían ser objeto de aprovechamiento los mismos efectos del delito receptado o las ganancias que con tales efectos hubieran podido obtenerse<sup>75</sup>.

---

<sup>75</sup> Cfr., *Idem*. Una buena reconstrucción de este problema ha sido realizada por el Tribunal Supremo Español. Por todas cfr. STS 3932/2007, de 4 de junio de 2007, ponente Juan Ramon Berdugo Gomez De La Torre. Sobre esta situación ha tenido oportunidad de manifestarse críticamente el Tribunal Supremo Español, al afirmar: “voluntad de ampliación de la punición penal a conductas antes atípicas, a fin de disponer de una nueva arma en la lucha contra el tráfico de drogas, puesta de manifiesto de modo unánime por nuestra doctrina penal y también por la jurisprudencia de esta Sala que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el delito definido en el *art. 546 bis f)*, (Sentencias de 4 de septiembre de 1991, 5 de octubre de 1992, 27 de diciembre de 1993, 16 de junio de 1993, 21 de septiembre de 1994 y 28 de octubre de 1994 ), ofrece un criterio de amplitud en la interpretación de esta norma penal, que debe ser aplicado, en cualquier caso, dentro de los límites que impone el respeto al principio de legalidad”.

El tratamiento penal del delito de blanqueo de capitales se encuentra en una *encrucijada* propia del contexto de producción e intercambio capitalista en el que se producen las acciones descritas por el tipo del art. 301 CP. En primer lugar, antes que ser una conducta contraria a la estructura económica dominante, parece ser una manera de adaptar la acción del agente a los objetivos económicos y culturales mayoritarios. Al tratarse de una conducta que difiere en los medios, pero que coincide en los objetivos y finalidades predominantes en las sociedades contemporáneas, alguna parte de la doctrina ha podido mantener la tesis de que el “blanqueo en sí mismo considerado es un hecho beneficioso para la economía que posibilita la vuelta al mercado legal de los capitales derivados de un delito”<sup>76</sup>. Es decir, desde una perspectiva práctica *-derecho penal dirigido a las consecuencias-*, la conducta de blanqueo de capitales, al recuperar al torrente circulatorio del mercado de capitales, dinero de procedencia ilícita, aparece bastante funcional para el mantenimiento de las estructuras económicas y políticas dominantes, por lo que su criminalización plantearía serios problemas de justificación de cara a la exigencia de protección de bienes jurídicos esenciales para la existencia colectiva. No obstante, su desviación hacia el mundo de las drogas y su vinculación con la salud pública, resulta beneficiando una visión apocalíptica sobre las conductas de blanqueo y legitimando un tratamiento penal mucho más grave<sup>77</sup>.

Por último, debería evidenciarse como en España el alcohol produce cerca de 15.000 muertes al año y el tabaquismo se sigue considerando como la principal causa de muerte, no obstante, existe una poderosa industria desarrollada en torno a estas sustancias. Si el concepto de salud pública fuera construido sobre la base de estas experiencias debería concluirse que el consumo de drogas psicoactivas representa un mínimo daño en relación a otras sustancias autorizadas o abiertamente promovidas, por lo que la sanción destinada para las conductas relacionadas con el tráfico y consumo de drogas deberían recibir una pena menor o una sanción de orden civil o administrativo<sup>78</sup>.

---

<sup>76</sup> Bajo Fernández, citado por Muñoz Conde/Aunión Acosta, 1993, p. 521.

<sup>77</sup> Acerca del lavado de dinero proveniente del mercado ilícito de drogas en Europa véase, en perspectiva comparada, in extenso Gehl (ed.); en el igual sentido, para el ámbito de la lucha contra el terrorismo, véase Görg 2010, pp. 116 ss.

<sup>78</sup> De nuevo, para entender de qué se habla realmente cuando se habla de las drogas como de sustancias dañinas para la salud individual y para la seguridad colectiva, Escotado nos informa que “una droga no es sólo una sustancia química, sino algo esencialmente determinado por un rótulo ideológico y ciertas condiciones de acceso a su consumo. Hasta 1910, los usuarios norteamericanos de opiáceos naturales eran personas de la segunda y

### **C. Los discursos de la cruzada en España**

Como paso previo al análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en materia de tráfico de drogas, este trabajo quiere pasar revista a algunas de esas líneas de fuerza que componen el escenario de la salud pública y, posteriormente, del estado de necesidad como fundamento de la legislación prohibicionista en materia de drogas. Evidenciar este escenario y su utilización por diferentes estrategias de gobierno es la manera como en este trabajo se quiere reivindicar una política alternativa en materia de drogas, revelando la formación contingente y la falta de necesidad de la actual política prohibicionista.

### **I. España ante el mundo ¿Imposición o solicitud? Una vuelta atrás: la historia de la salud pública**

En los orígenes de la legislación prohibicionista española es posible identificar la simultaneidad de una *visión tutelar de las funciones del Estado* y el *ascenso de un poder internacional*, manifestado en la promulgación de diferentes cuerpos normativos internacionales, con una progresiva influencia sobre las decisiones nacionales<sup>79</sup>. Ambos factores confluyeron en la construcción de la “problemática de las drogas” y en su tratamiento institucional. A partir de una ideología tutelar los Estados asumen que la seguridad de sus ciudadanos no consiste tanto en evitar las amenazas externas sino las tentaciones internas mediante un instrumental punitivo y represivo apuntalado por la normatividad internacional<sup>80</sup>. Aunque los Estados han puesto una ideología tutelar de tintes claramente represivos, es dudoso que sin la impronta de la normativa internacional el camino elegido hubiese sido el

---

tercera edad, casi todas integradas en el plano familiar y profesional, ajenas a incidentes delictivos; en 1980, gran parte de estos usuarios son adolescentes, que dejan de cumplir todas las expectativas familiares y profesionales, cuyo vicio justifica un porcentaje muy alto de los delitos cometidos anualmente. ¿Será que los opiáceos cambiaron, o cambiaron los sistemas de acceso a estas sustancias? La realidad sociológica en materia de drogas es una consecuencia, y no una premisa, de su status legal” (*Escotado*, 2008, p. 889).

<sup>79</sup> Es necesario avanzar que este modelo se replicará en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, donde se advierte la articulación de un modelo penal con otro de tipo médico, lo que ha permitido “legitimar sus opciones con criterios científicistas o, lo que es lo mismo, enmascarar la problemática socioeconómica, étnica, moral o política que subyacía en sus propuestas, con un lenguaje que aparecía como neutro” *Bustos Ramírez*, 1994, p. 47.

<sup>80</sup> *Romaní*, 1999, p. 116.

prohibicionismo<sup>81</sup>. La forma y el contenido de la regulación jurídica de los estupefacientes ha sido un *producto de exportación especialmente norteamericano*, fabricado en sus principales enclaves económico-morales y asumido como propio por los diferentes países de recepción<sup>82</sup>.

## 1. El Convenio de la Haya de 1912

El Convenio de la Haya de 1912 es el primero de una serie de instrumentos internacionales en definir como peligroso el uso de algunas sustancias estupefacientes, limitando su uso a “fines médicos y legítimos” (Convenio de la Haya de 1912. Art. 9). Esta convención puso las bases de la futura legislación española mediante un precepto fundamental en el cual se acordaba que “Las potencias contratantes examinarán la posibilidad de dictar leyes o reglamentos que castiguen la posesión ilegal de opio en bruto, opio preparado, morfina, cocaína y sus sales”<sup>83</sup>. Como órgano centralizado para la *administración del control de drogas* se constituyó a la Sociedad de Naciones, creada en 1919 tras la Primera Guerra Mundial. La liga desarrolló diferentes consideraciones sobre la demanda y las cuestiones socio-médicas. Asimismo presentó diferentes razones por las que las personas consumen drogas, qué constituía el abuso de drogas y los factores sociales que influían en el mismo. Pero más allá de estos temas, las cuestiones relativas a la prohibición y la oferta de drogas tenían prioridad. Desde entonces, en general, el régimen internacional ha tendido a separar el estudio de los *problemas médicos* y

---

<sup>81</sup> Sobre las limitaciones de la convención única sobre estupefacientes del año 1961 véase *Lines*, 2010, pp. 3 ss.; Acerca del rol de la ONU y el sistema internacional de control de drogas véase *Bentham* 1998, pp. 96 ss.; Sobre las limitaciones de las diferentes convenciones internacionales sobre drogas véase entre otros *Krajewski* en *IJDP* 10 (1999), pp. 329-338; *Room/Paglia* en *DAR* 18 (1999), pp. 305-315; *Chatterjee*, 1989 pp. 7 ss.; *McAllister*, 1992, pp. 143-166; *Stewart* en *Denv.J.Int’l L&Pol’Y* 3 (1990), pp. 387-404; también Beckley Foundation, 2008, pp. 13 ss.

<sup>82</sup> La importancia de EE. UU. en el surgimiento y desarrollo del problema de las drogas ha sido puesto de manifiesto por *Escohotado*, para quién si “Grecia exportó filosofía, Roma derecho; los Estados Unidos exportarán salud” (2008, p. 617). Sobre la influencia de EE.UU. en el desarrollo de la política internacional sobre el control de las drogas véase *McAllister*, 1992, pp. 103 ss.; *Bewley-Taylor* (1999); *Musto* (1999); *Thamm*, 1989, pp. 61 ss.; véase también *Kettil/Pan/Rexed* (1975); *Taylor* (1969); *Lowes* (1966); véase con más detalle para el escenario latinoamericano *Ambos*, 1994, p. 80, según el cual “los intereses de EEUU se unen con los intereses de la lucha antsubversiva de las respectivas fuerzas del orden nacionales, que en *Colombia* han adquirido, a nivel normativo, legitimación mediante la legislación antidrogas. Allí, según lo expuesto, tras la supresión formal de la distinción entre subversión y narcotráfico, ‘la guerra (contra las drogas)’ enfrenta al narcoterrorismo.”

<sup>83</sup> Art. 20 “La escases de firmantes hizo que el Convenio quedase en suspenso, mientras se convocaban una segunda conferencia (1913) y una tercera (1914) a fin de incorporar a otros países. Para cuando concluyó esta última (29-6-1914) las presiones norteamericanas en América Latina y el resto del mundo habían logrado que firmasen 44 gobiernos de los 58 reconocidos entonces” (*Escohotado*, 2008, p. 631).

*sociales relacionados con las drogas* - incluyendo preguntas etiológicas - de las de control de drogas<sup>84</sup>.

El Convenio de la Haya, dirigido a crear una conciencia sobre el “problema de las drogas” a partir de criterios pseudo-científicos promovidos por el estamento médico, tendría un efecto directo sobre el ordenamiento español

“Como primera providencia se dictó una Real Orden circular con el fin de atajar el tráfico ilícito de drogas y el “mal uso de ellas”, no solo en “boticas y droguerías”, sino también en otros establecimientos públicos: “cafés”, “bares”, “casinos”, “casas de lenocinio” y “demás sitios de reunión” y “centros de recreo”. Unos meses después se promulgó un Real Decreto por el que se aprobaba el “Reglamento para el comercio y dispensación de sustancias tóxicas y en especial de las que ejercen acción narcótica, antitérmica o anestésica”, que contemplaba multas para la venta y posesión de drogas sin receta. Por tanto, así como antes el límite entre uso y abuso se dilucidaba en el ámbito de la privacidad del individuo, esto es, en el terreno de la ética y la estética personal, a partir de este momento fue la receta médica, elevada a la categoría de autorización legal, la que establecería –con independencia de la dosis ingerida- la frontera entre ambos conceptos. Es decir, cualquiera podía emplear, por una sola vez, alguna droga sometida a control o restricción, en dosis mínima o moderada y sin efectos secundarios indeseables, e incurrir en “abuso”; no obstante, otra persona podía atiborrarse con la misma sustancia de forma crónica, e incluso fallecer por sobredosis, y tratarse de “uso”<sup>85</sup>.

Por supuesto, los efectos de esta situación no se hicieron esperar, y en cuestión de días la exigencia de fórmula médica obligatoria como condición para el uso permitido de sustancias estupefacientes, propiciaría “la aparición de un mercado negro callejero, cada vez más consolidado, así como la comisión de nuevas formas de delito, antes desconocidas, como la falsificación de recetas facultativas e incluso el robo en farmacias”<sup>86</sup>. El ambiente creado por la incipiente prohibición internacional y su recepción en el ordenamiento jurídico español también fueron funcionales a la promoción de *estereotipos* bajo los cuales articular la labor de las instancias policiales. En primer lugar, si hasta antes de la creación del “problema de la droga” el consumidor era un sujeto blanco perteneciente a las clases media y alta de las sociedades, a partir de ese momento empieza a proliferar el llamado “*tipo moderno de*

---

<sup>84</sup> En ese sentido *Sinha*, 2001, p. 11; también *McAllister*, 1992, pp. 46-50.

<sup>85</sup> *Uso*, 2003, pp. 328-329

<sup>86</sup> *Uso*, 2003, p. 343

*desviación*<sup>87</sup>, con un promedio de edad de veinticinco años, que ocupa las zonas más pobres de la ciudad, sin articulación laboral y familiar y con una “evidente” propensión a la criminalidad.

Sobre estas dos condiciones –ideología tutelar y presiones internacionales- se expidió la primera legislación prohibicionista en España. En 1924 una *Real Orden del Ministerio de la Gobernación* establecía penas de cárcel tanto para traficantes como para usuarios de drogas, norma que fue posteriormente incorporada en el CP que entró en vigencia en septiembre de 1928. Como lo comprueban *Escohotado* (2008) y *Uso* (2003), lo que más llama la atención de esta incipiente cruzada prohibicionista fue la virulencia con la cual se hacía referencia a las drogas, sobre todo teniendo en cuenta que hacía apenas unos años la droga no recibía ningún interés oficial que pudiera pronosticar la represión que se avecinaba.

## **2. La American Crusade**

En cosa de pocos años, los españoles empezaron a ver en las sustancias psicotrópicas “el veneno [que] degenera la raza, arruina a la familia, contribuye a la despoblación y trastorna el mecanismo social, destruye la conciencia del deber, aniquila la voluntad, convierte al honrado en criminal, al virtuoso en vicioso, al bueno en malo, y al generoso y noble en cruel y desleal, conduce al robo, a la mentira, a la desviación del sentido moral, a la depravación genital, a la inversión sexual, al adulterio, al suicidio”<sup>88</sup>. Pero esta comprensión sobre el “problema de la droga” no era nueva en absoluto, ya la *American Crusade*<sup>89</sup> que llevaba varios años desde su fundación, había logrado traducir en diferentes convenios internacionales la idea de que las

---

<sup>87</sup> *Escohotado*, 2008, p. 719

<sup>88</sup> *Uso*, 2003, pp. 341-342

<sup>89</sup> EE. UU. se había convertido a comienzos del siglo XX en un dispensario de ideas prohibicionistas, promovidas por estamentos de la sociedad civil convertidos en empresarios morales y apoyadas por instancias gubernamentales. Para una muestra del tono asumido en la *American crusade*, cfr. *Escohotado*, “Por lo que respecta a los apoyos extragremiales, ninguno podía compararse en fuerza al movimiento prohibicionista. Dividido durante el siglo XIX en multitud de sectas no siempre coordinadas al nivel de la acción, puede decirse que a partir de 1900 esta actitud accede a su propia autoconciencia. La meta es ilegalizar todo apetito antinatural, y por apetito antinatural se entiende la ebriedad en cualquiera de sus formas. Si preocupan más el alcohol y el tabaco es porque los usa mucha más gente, no porque las otras sustancias con acción eufórica sobre el ánimo merezcan cosa distinta de una reprobación incondicional (...) todos los vehículos de ebriedad conocidos entonces constituyen signos de depravación criminal” (2008, p. 606).

drogas constituían simultáneamente un *mal moral y una amenaza a la seguridad*<sup>90</sup>. A partir de este momento no se ahorró ningún argumento que pudiera ser útil para el afianzamiento de la persecución penal de las drogas, y todos los discursos parecían ser útiles para apuntalar la incipiente cruzada. Por ejemplo, el gobierno español “A instancia del fiscal del Tribunal Supremo, el ministro de Gracia y Justicia nombró fiscales y jueces especiales, con el fin de ‘dar sañuda batalla a una forma de criminalidad refinada en la que el más frío y despiadado egoísmo fomenta un vicio morboso, destructor de las energías de la raza, explotando una tendencia patológica de depauperados y degenerados, ante la que la conciencia pública experimenta viva alarma [...] un delito de lesa humanidad y de lesa patria, productor de alarma en la consciencia pública’”<sup>91</sup>

### 3. La Convención única sobre estupefacientes de 1961

La Convención única sobre estupefacientes de 1961 volvería sobre ello al mencionar desde sus primeras líneas la “preocupación por la salud mental y moral de la humanidad” como fundamento de sus provisiones. Entre estas se encontraría junto al *modelo punitivo-militar* de “lucha contra las drogas”, el incipiente desarrollo del *modelo médico-sanitario* de “reducción de riesgos”. Al interior de un *continuum* constituido por ambos referentes se desarrollará el modelo de control social de las drogas. Si el primero busca vencer las toxicomanías por un camino de alguna manera militar, persiguiendo a sospechosos y apresando a culpables, el segundo intentará reducir los riesgos asociados a las drogas por medio de la prevención y medicalización.

Esta Convención jugó un papel decisivo en la creación de un *moderno sistema internacional de control de drogas*, de carácter prohibicionista y represivo. Es una continuación y ampliación de la infraestructura jurídica desarrollada por diferentes países entre 1909 y

---

<sup>90</sup> Acerca del conflicto de intereses que se originó con la imposición de este sistema internacional de control véase *McAllister*, 1992, p. 143-146, en donde se expone como “el problema de las drogas en los Estados Unidos y en otros lugares históricamente ha recibido atención intermitente, lo más a menudo cuando el problema ha alcanzado proporciones de crisis en un lugar determinado. En tales ocasiones, uno de los puntos focales naturales de discusión ha sido el papel que desempeñan otras naciones en el suministro de drogas. No ha sido raro que los Estados extranjeros sean acusados de ser el origen del problema, mientras que otros han sido identificados, en diversos grados de culpabilidad, como accesorios. A menudo, esto ha creado conflictos, sobre todo cuando un país acusado ha considerado la cuestión de manera diferente. Bajo estas circunstancias, los estados han intentado con frecuencia las negociaciones con la esperanza de alcanzar algún tipo de acuerdo que se acomoda a todas las partes afectadas.”

<sup>91</sup> *María Crehuet*, pp. 141-143, citado en *Uso*, 2003, p. 344.

1953<sup>92</sup>. La Convención clasificó las sustancias en cuatro clases atendiendo los niveles de control. Los niveles I y IV fueron sustancias como opio, coca, cannabis y sus derivados, como la heroína y la cocaína. Listas II y III eran más indulgentes y contienen principalmente medicamentos fabricados a base de codeína. Ante la insistencia de los Estados Unidos, el *cannabis* fue puesto bajo el régimen de control estricto de la Convención: Anexo IV. Este régimen incluye drogas como la heroína, por lo que cualquier uso médico era considerado "obsoleto" por la OMS. El argumento a favor de la colocación de cannabis en esta categoría es que dicha droga era muy difundida<sup>93</sup>.

El *enfoque prohibicionista* de la Convención se destacó por la mínima atención prestada a los problemas de abuso de drogas. Únicamente el art. 38 se refirió a la faceta social de la demanda del problema de las drogas, al exigir a las Partes a "prestar especial atención a la prestación de servicios para el tratamiento médico, la atención y la rehabilitación de drogadictos"<sup>94</sup>. A cada uno de estos modelos estará asociado un régimen de prácticas, discursos, estrategias, acciones y funciones burocráticas. Si el modelo de la lucha contra las drogas hará las delicias de las burocracias judiciales y militares, sobre el modelo médico-sanitario despuntará un grupo dedicado a la prevención, formado por una mezcla de terapeutas y personas ligadas a las ciencias médicas, sociales y humanas, a quienes se encomienda tratamientos, encuestas, análisis y consejo<sup>95</sup>.

#### **4. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970**

Aunque la presión de la comunidad internacional, materializada en la Convención de 1961, llevó a que España creara en 1967 una Brigada Especial de Estupefacientes por medio de la cual se buscaba perseguir el tráfico, no fue sino hasta la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación

---

<sup>92</sup> Sobre las posiciones de los Estados participantes entorno al nivel de control véase *McAllister*, 1992, pp. 148-151.

<sup>93</sup> Así *Sinha*, 2001, p. 22.

<sup>94</sup> El reconocimiento de menor importancia a los enfoques de reducción de la demanda, como la prevención mediante la educación, ha sido una de las principales críticas de la Convención Única, y los tratados de control internacional de drogas en general. En ese sentido *Lines*, 2010, pp. 3 ss.; *Sinha*, 2001, p. 23.

<sup>95</sup> "En 1972, dando muestras de una total sinceridad, el director de la Comisión Nacional Sobre Marihuana y Abuso de Drogas puso de manifiesto la tendencia en este sector: *hace cuatro años gastamos en total de 66, 4 millones para el conjunto del esfuerzo federal en el área del abuso de drogas [...] este año hemos gastado 796, 3 millones, y los cálculos presupuestarios presentados indican que superaremos la marca de los mil millones. Cuando así sea, nos convertiremos –a falta de un término mejor– en un complejo industrial montado sobre el abuso de drogas*" (*Escohotado*, 2008, pp. 717-718).

social de 1970 donde se *sancionaría el tráfico, consumo, tenencia* “e incluso el ser toxicómano”<sup>96</sup> con todo el rigor punitivo. Se trataba de una ley defensista que castigaba formas de ser sin ninguna referencia a un hecho lesivo y antijurídico. La ley de peligrosidad y rehabilitación social creó la figura de “*estados peligrosos*” (Título I: De los estados de peligrosidad, de las medidas de seguridad y de su aplicación), la cual era una cristalización de ideas provenientes del positivismo peligrosista y de la moral mayoritaria. Es de resaltar la transformación que se operó sobre el *enfoque médico-preventivo* promovido por la Convención de 1961 al contacto con el medio conservador español, dando lugar a un instrumento legal que como la Ley de peligrosidad y rehabilitación social era simultáneamente sanitario y punitivo, que operaba medidas preventivas a partir de esquemas punitivos.

## 5. La reforma de 1983

Los excesos a los se llegó en la aplicación de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, usada como instrumento para la estigmatización y control de la disidencia política y cultural en la época franquista, unido al proceso de democratización que trajo la constitución de 1978 permitió la reforma de 1983. Respetuosa de los principios de legalidad y de seguridad jurídica, de manera precisa *definió los comportamientos punibles*, distinguió el tratamiento penal de las *drogas duras y blandas* y redujo el *excesivo arbitrio judicial* anterior<sup>97</sup>. La reforma de 1983 consolidó igualmente en la letra de la ley lo que era ya una doctrina jurisprudencial sin fisuras: *la atipicidad penal de la posesión para el propio consumo*. Pero la respuesta de la comunidad internacional no se hizo esperar. La despenalización del consumo y la disminución de las penas previstas para el tráfico de drogas blandas, suscitó fuertes críticas en el plano internacional<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Lamo de Espinosa, 1993, pp. 101

<sup>97</sup> Cfr., Muñoz Conde, 1999, p. 136

<sup>98</sup> Aunque esas críticas fueron provocadas más bien por la mala propaganda de la oposición “que dio en acusar al gobierno de haber legalizado el consumo de drogas, en el insólito entendimiento de que antes de 1983 el consumo de drogas era en sí mismo constitutivo de delito”, haciendo eslogan electoral la acusación al gobierno de ser débiles con el delito y tolerantes con la droga. Sobre ello *Quintero Olivares* en CDJ-DCSP 21 (1992), p. 58.

## 6. La Convención Sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes

La presión internacional se haría sentir en 1988, fecha en la que se realizó la Convención sobre el Tráfico Ilícito de Estupefacientes, que obligaba a las partes firmantes a penalizar los aspectos relacionados con el tráfico ilícito: no solo el cultivo, la fabricación, la distribución, la venta, el blanqueo de dinero, sino también, y principalmente, la *penalización de la posesión de drogas para el consumo personal*<sup>99</sup>. A partir de la Convención, las Partes tienen la obligación de crear y aplicar leyes penales muy específicas destinadas a suprimir el tráfico ilícito. Estas leyes se refieren a estos aspectos del problema como el blanqueo de dinero, decomiso de activos, la extradición, la asistencia jurídica mutua, el cultivo ilícito y el comercio de productos químicos, materiales y equipos utilizados en la fabricación de sustancias controladas<sup>100</sup>.

En el preámbulo se describe el tráfico ilícito como "una actividad criminal internacional" y destaca los "vínculos entre el tráfico ilícito y otras actividades delictivas organizadas relacionadas que socavan las economías lícitas y amenazan la estabilidad, la seguridad y la soberanía de los Estados." Se hace hincapié en "la importancia de fortalecer y mejorar los medios legales eficaces para la cooperación internacional en asuntos penales para suprimir las actividades delictivas internacionales de tráfico ilícito." El Preámbulo refleja claramente su *carácter prohibicionista*. La piedra angular del Convenio es el art. 3: "Delitos y Sanciones". Aquí el tratado abre nuevos caminos al exigir a las Partes "legislar si es necesario para establecer un código moderno de delitos relacionados con los diversos aspectos del tráfico ilícito y para asegurar que este tipo de actividades ilícitas se traten como delitos graves por el Poder Judicial de cada Estado y de las autoridades fiscales"<sup>101</sup>.

No obstante, como veremos posteriormente varios estados han ido adaptado sus sistemas de ejecución penal para tratar de *permitir la posesión de facto* de pequeñas cantidades de ciertas drogas "blandas" - como el cannabis y sus derivados - para el consumo personal y aun así

---

<sup>99</sup> Para más detalles sobre la estructura de la convención véase in extenso *Gilmore* (1991).

<sup>100</sup> Sobre el objeto de las diferentes leyes véase *Sinha*, 2001, p. 33; Sobre el tamaño del tráfico de drogas resumidamente véase *Inkster/ Comolli*, pp. 25 ss.

<sup>101</sup> ONU, Commentary, p. 48.

permanecer dentro de los límites legales de los Convenios<sup>102</sup>. Aunque los convenios no permiten la legalización o despenalización de dicha posesión, estos países han eludido estas limitaciones mediante la criminalización de la posesión, como lo exigen los tratados, pero sin cumplir estrictamente la legislación<sup>103</sup>. El encarcelamiento en esas circunstancias es desproporcionado en relación con el delito y por lo tanto viola la dignidad inherente de las personas, el derecho a estar libre de tratos crueles y degradantes, y el derecho a la libertad<sup>104</sup>. Pese a las críticas, la guerra contra las drogas continúa con fuerza para atacar principalmente el control en la fuente, sobre todo a través de las iniciativas de Estados Unidos en América Latina<sup>105</sup>.

## 7. La Ley orgánica 1/88 del 24 de marzo

España fue uno de los primeros países en cumplir las indicaciones de la Conferencia de Viena a través de la Ley orgánica 1/88 del 24 de marzo, la cual se dictó “con el objetivo de hacer posible la intervención del derecho penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas”<sup>106</sup>, pretendiendo “incriminar esas conductas que vienen denominándose blanqueo de dineros de ilícita procedencia”, como literalmente señalaba la Exposición de motivos. La norma suponía un *criterio de interpretación extensivo* difícilmente conciliable con el principio de legalidad, al entregarle a los jueces la potestad de incluir una serie indefinida de conductas en el delito de tráfico de drogas. Se trataba de atrapar jurídicopenalmente acciones que desde un punto de vista dogmático no suponían ningún riesgo para el bien jurídico de la salud pública. A tal punto era evidente la contradicción con el principio

---

<sup>102</sup> Véase diferentes reportes nacionales en *Caldentey* 2006, pp. 117 ss.; otros reportes pueden verse también en *Albrecht/Kalmthout* (eds.) (1989).

<sup>103</sup> En ese sentido *Krajewski* en *IJDP* 10 (1999), p. 329-338, para quien “el problema principal mediante la interpretación de las convenciones de la ONU contra las drogas es el hecho de que muchas de sus disposiciones están formuladas en un muy amplio, incluso de manera vaga. (...) Todo esto hace posible muchas interpretaciones diferentes, incluso contradictorias y a veces es muy difícil determinar cuál especial interpretación es la única o auténtica. (...) En otras palabras, todo el mundo trata de encontrar en los convenios la confirmación de sus convicciones con respecto a las políticas de drogas. Esto es especialmente cierto con la convención de 1988. Con respecto a las convenciones 1961 y 1971 hay comentarios oficiales a disposición del Secretario General de la ONU lo que impide a veces disputas interpretativas.”

<sup>104</sup> En ese sentido *Van Ree*, 1999, pp. 89-98. Más referencias sobre las violaciones de derechos humanos como una consecuencia de la política antidroga, véase supra nota a pie 25.

<sup>105</sup> Sobre la intervención de los EE.UU. en las políticas latinoamericanas de control a las drogas véase *Bagley/Walker* III.

<sup>106</sup> *Díez Ripollés* en *ADPCP* 40, Fasc/Mes 2, 1987, p. 123.

de legalidad, que hasta el propio Tribunal Supremo español se puso a la tarea de restarle arbitrariedad a la norma:

“La técnica inicialmente adoptada por el legislador fue la de adaptar el delito de receptación, que ya aparecía definido en el *art. 546 bis a)*, a las nuevas necesidades de punición, refiriéndolo, no a los delitos contra los bienes objeto de la citada receptación genérica, sino a los delitos de tráfico de drogas de los *arts.344 a 344 bis b)*, con las ampliaciones que se estimaron precisas, de modo que en esta nueva figura del delito la acción de aprovechamiento podía realizarse no sólo en favor del sujeto activo de la infracción ("para sí", decía el *art. 546 bis a)*, sino también en beneficio de un tercero y, por otro lado, podían ser objeto de aprovechamiento los mismos efectos del delito receptado o las ganancias que con tales efectos hubieran podido obtenerse. Esta voluntad de ampliación de la punición penal a conductas antes atípicas, a fin de disponer de una nueva arma en la lucha contra el tráfico de drogas, puesta de manifiesto de modo unánime por nuestra doctrina penal y también por la jurisprudencia de esta Sala que tuvo ocasión de pronunciarse sobre el delito definido en el *art. 546 bis f)*, (Sentencias de 4 de septiembre de 1991, 5 de octubre de 1992, 27 de diciembre de 1993, 16 de junio de 1993, 21 de septiembre de 1994 y 28 de octubre de 1994 ), en las cuales se reconocía la necesidad de oponer algunos límites que acercaran a la norma al respeto del principio de legalidad”<sup>107</sup>

## **8. La Reforma del Código Penal de 1992**

Pero la influencia de esta avanzada internacional no terminaría allí. El ordenamiento jurídico español se acogió íntegramente a las censuras internacionales, asumiendo acríticamente sus modelos más represivos, los cuales se verían reflejados en la reforma del CP de 1992. El primer resultado fue el aumento generalizado de las penas y la reducción de las diferencias en el tratamiento penal de las drogas duras y blandas<sup>108</sup>. El principio de legalidad también sufrió las consecuencias, no sólo porque se incorporaron disposiciones internacionales que no habían sido aprobadas y ratificadas a nivel interno, sino también porque se amplió la definición de las conductas punibles para dar cabida a todo tipo de contacto con las sustancias ilícitas, introduciendo además nuevas figuras, como la receptación (art. 3), y nuevas circunstancias agravantes (art. 1). Se alteraron las condiciones procesales y penitenciarias,

---

<sup>107</sup> STS 3932/2007 de 4 de junio de 2007, ponente Juan Ramon Berdugo Gomez De La Torre

<sup>108</sup> Ley orgánica 8/1992, de 23 de diciembre disponible en <http://www.judicatura.com/Legislacion/0575.pdf> (visto por última vez el 23.04.2014)

facilitando el comiso de bienes (art. 2) y reduciendo espacio para figuras como la suspensión condicional de la pena prevista para drogodependientes (art. 3).

Esta regulación constituyó, por tanto, el resultado de la evolución de los últimos diez años, muy preocupada, como se ha visto, por el cumplimiento de lo exigido en el ámbito internacional. Rasgo de la normativa es, junto al seguidismo acrítico de las exigencias internacionales, su *carácter continuista en cuanto al tráfico de drogas*, que se combina con una ampliación de la línea represiva tanto mediante nuevas figuras delictivas, tratamientos procesales más duros y ampliación de las funciones policiales de investigación y prevención, además de la transformación de las condiciones de cumplimiento de la sanción, que implicaban un abandono declarado de las finalidades resocializadoras<sup>109</sup>.

## II. Un enfoque punitivo-militar

No es un secreto que en el diseño de los enfoques para la lucha contra las drogas, la comunidad internacional liderada por EE.UU ha tenido un papel definitivo a la hora de imponer un enfoque punitivo-militar para el tratamiento del “problema” de las drogas y de sancionar cualquier desviación del mismo. Sin embargo, se hace necesario reconocer que llega un momento en que el enfoque prohibicionista es recepcionado y promovido por los diferentes Estados, que encuentran en él un *instrumento de gobierno* funcional a sus propias necesidades de construcción del orden interno y control de poblaciones peligrosas. En este sentido, aunque no puede dejar de reconocerse la importancia de la presión internacional, es necesario advertir la connivencia de los Estados con la estrategia punitivo-militar de la lucha contra las drogas, al punto de que son estos mismos los que *solicitan* ser presionados para poder seguir operando con la lógica de la represión en el manejo de los problemas relacionados con los estupefacientes<sup>110</sup>.

El actual *modelo español* puede presentarse como una prueba y un ejemplo de ello. España ha mantenido la rigurosidad de la legislación prohibicionista a pesar de los espacios que se han

---

<sup>109</sup> Sobre ello véase *De la Cuesta Arzamendi*, 1999, pp. 87 s.; *Vidales Rodríguez* en RGD 583 (1993), pp. 2725 ss.

<sup>110</sup> Se trata del mecanismo llamado por *Tickner, Arlene*, intervención por invitación, que consiste en la creación por los propios estados de las condiciones políticas y discursivas adecuadas para la implementación de modelos internacionales aparentemente impuestos a los Estados, pero pacíficamente aceptados y promovidos por estos. *Tickner* en RCI 65 (2007), pp. 90-111.

ido abriendo en la comunidad europea derivados de un cambio de enfoque que va del punitivo hacia un enfoque preventivo donde prevalecen las políticas de reducción de riesgos<sup>111</sup>. También en las Naciones Unidas, al menos desde la Sesión Especial de la Asamblea de 1998, se determinó profundizar un enfoque cercano a las medidas de prevención de riesgos<sup>112</sup> como resultado del fracaso de la “lucha contra las drogas”. A pesar de ello, los niveles institucionales españoles han mantenido el discurso y la respuesta pública en el *registro punitivo*, que tras un primer intento de cambio del año 83, reafirmó su posición prohibicionista. No obstante, como veremos más adelante, a partir de una cierta línea jurisprudencial del Tribunal Supremo, se puede apreciar un cierto cambio de rumbo en la política española.

Esta particularidad de España también se ve reflejada respecto a la posición frente al tema de las drogas en Colombia. Como lo han puesto de presente algunas investigaciones de política exterior<sup>113</sup>, mientras la Unión Europea asumía un papel más bien crítico contra algunos instrumentos de “lucha contra las drogas” por sus consecuencias sobre el equilibrio regional latinoamericano y la estabilidad democrática colombiana, España se presentaba como un

---

<sup>111</sup> Un análisis de los principales ejes de acción de la Unión Europea frente a las drogas permite identificar una política basada en la prevención antes que en la represión, con un paulatino abandono de la línea dura y una toma de conciencia de los efectos nocivos de la misma. Este análisis puede encontrarse en Laurent en *Gaviria Uribe/Mejía Londoño* (comp.), pp. 182 y ss.; Sobre el cambio de enfoque por parte de diferentes países europeos véase *Legnaro/Schmieder* (eds.), 2006, pp. 7 ss.; *Beckley Foundation*. (disponible en <http://www.beckleyfoundation.org/reports/>); *Kurt von Es*, 1995, pp. 9 ss.; Un panorama acerca de las diferentes teorías sobre medidas preventivas puede verse en EMCDDA 2008, pp. 23 ss.; *Bühringer/Künzel* en EDPEU (1998), pp. 15 ss.; *Sloboda* en EDPEU (1998), pp. 31 ss.; cfr. también *Oppenheimer* en *El País* (9.12.1995) “Más de 170 expertos reunidos en Bruselas han llegado a dos conclusiones relevantes en la lucha contra la droga en Europa. La armonización de las distintas legislaciones no es necesaria porque por encima de ello está el objetivo común que persiguen todos los países, reducir el consumo, aunque sea a través de caminos diferentes. Asimismo, las políticas preventivas, las acciones médicas y sociales, tienen tanta importancia como la represión del tráfico de droga o la penalización de su consumo”.

<sup>112</sup> En la Declaración Política se afirma que “Reconocemos que la reducción de la demanda es un pilar indispensable del enfoque global para luchar contra el problema mundial de la droga, nos comprometemos a introducir en nuestros programas y estrategias nacionales las disposiciones que se enumeran en la Declaración sobre los principios rectores de la reducción de la demanda de drogas, a colaborar estrechamente con el Programa de las Naciones Unidas para la Fiscalización Internacional de Drogas para desarrollar estrategias orientadas a la acción con objeto de coadyuvar en la aplicación de la Declaración, y a señalar el año 2003 como objetivo para estrategias y programas nuevos o mejorados de reducción de la demanda de drogas formulados en estrecha colaboración con las autoridades sanitarias, de bienestar social y de aplicación de la ley, y nos comprometemos también a lograr resultados importantes y mensurables en la esfera de la reducción de la demanda para el año 2008”.

<sup>113</sup> *Laurent*, 2011, pp. 177-205; *Labrousse* en *Camacho* (ed.), pp. 39-59.

abanderado de la cruzada norteamericana en la región. Lo anterior puede ser fácilmente confrontado con la posición asumida por España frente al Plan Colombia, uno de los más ambiciosos planes de militarización de la lucha contra las drogas promovido por Estados Unidos en la región Andina. Así, mientras la Unión Europea por medio del Parlamento y la Comisión Europea expresó su fuerte rechazo contra el Plan Colombia, “puesto que: 1) una mayor militarización de la lucha contra la droga acarrearía el riesgo de una escalada del conflicto en la región, 2) el carácter represivo y militarista del Plan entraba en contradicción con los proyectos financiados por la comisión en el país y, 3) no coincidía con el apoyo brindado a los diálogos de paz y con la convicción de que la solución del conflicto debería ser negociada para que la paz sea duradera”<sup>114</sup>. Por el contrario y contra esta posición concertada, España optó por hacer valer “sus propios intereses” divergiendo de la respuesta común: “España y el Reino Unido, cuyos presidentes –Aznar y Blair, respectivamente- eran cercanos al gobierno estadounidense, se declararon a favor del Plan Colombia. Excepto esta respuesta minoritaria, con su reacción al Plan Colombia la Unión Europea marcó su diferencia con las políticas dominantes de la guerra contra las drogas”<sup>115</sup>

Este escenario podría ser explicado por la especial situación geográfica de España, que hace de este país un lugar de tránsito necesario de la droga proveniente de lugares como América Latina hacia el resto de Europa. No obstante, esta situación geográfica y cultural, aunque puede ayudar a entender algunas particularidades del caso español, es menos útil a la hora de explicar la pervivencia de la política criminal contra las drogas, sobre todo si se tiene en cuenta que las variables geográficas y culturales son compartidas por otros países europeos como Portugal e Inglaterra, donde los esquemas punitivos funcionan junto a esquemas preventivos o sencillamente han dejado de tener protagonismo<sup>116</sup>.

---

<sup>114</sup> *Laurent*, 2011, p. 185.

<sup>115</sup> *Laurent*, 2011, p. 186.

<sup>116</sup> Como lo comprueba *De La Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero en Vega* (coord.), tanto el Consejo de Europa como las diversas instancias de la Comunidad Europea, las dos grandes instituciones en el plano europeo occidental, han tenido ocasión de pronunciarse sobre las líneas que han de inspirar la política europea en la materia de drogas, decantándose por políticas donde se tome conciencia “de que el fenómeno de la droga se encuentra muy ligado a otros problemas de la vida moderna” por lo cual, el “objetivo de la intervención en materia de drogas ha de ser, más que la represión, la reducción de la demanda y la prevención de su abuso, mediante la educación para la salud y la ayuda y readaptación de los drogodependientes, lo que, dada la complejidad y evolución constante del problema, aconseja la realización de un esfuerzo permanente de investigación pluridisciplinar del fenómeno en su conjunto (incluida la cifra negra, la relación entre droga y

Aunque no puede dejar de reconocerse que la historia de la legislación prohibicionista en España ha sido paralela a la legislación internacional, lo cierto es que las relaciones que se establecen entre los diferentes Estados y la comunidad internacional son *relaciones de doble vía* que pueden caracterizarse por su complejidad y reciprocidad, antes que por una supuesta simplicidad determinada por la mecánica subordinación de los diferentes Estados a la potencia de turno. Es cierto que la construcción del *problema de las drogas* se define según las variables propias de un *régimen internacional*<sup>117</sup>, pero también es cierto que los Estados conservan algún ámbito de maniobrabilidad al interior de sus fronteras para definir el sentido de sus políticas y la funcionalidad de las mismas. Muchos Estados han aprovechado el discurso internacional de “lucha contra las drogas” como aval para justificar legislaciones extraordinarias contrarias a los más básicos principios y límites de la comunidad de naciones. Por supuesto, desde este punto de vista, los valores que Europa representa en el mundo, encarnados en los principios del Estado de derecho y que Estados como España siguen atribuyéndose, se presentan abiertamente contrarios a las prácticas mantenidas por los mismos, sobre todo en el tratamiento de grupos sociales desventajados, que como los transportistas de drogas latinoamericanos, son tratados de manera severísima a partir de instrumentos excepcionales.

Aunque parece indiscutible que los Convenios Internacionales suscritos por España obligan a incluir en el CP una serie de figuras de delito en relación con las drogas, provocando de esta manera una cierta limitación de la política criminal interior, también es cierto que el fundamento último de la intervención penal, así como la forma -en intensidad y extensión- que asume la misma es definido a nivel interno según políticas elaboradas por los órganos del poder público español. Esto es, la definición del sentido y los límites del instrumento penal en

---

conducción de vehículos de motor y los usuarios de drogas) y la adopción por cada Estado de un programa nacional, con particular atención a la problemática de ciertos grupos sociales, como los jóvenes y las mujeres”. Así mismo, en algunos informes (Informe Stewart-Clark, Informe Tridente, Informe de la Comisión de investigación de la Difusión de la Delincuencia Organizada Vinculada al Tráfico de Drogas en los Países de la Comunidad ) se afirma que el “elevado costo social, político y económico de la vía represiva en la lucha contra el tráfico de droga, (es) una vía que ha fracasado al no haber llegado a alcanzar más allá del 5 al 15% del tráfico, y se habla directamente de la necesidad de evaluar los costes de y beneficios de la Política actual y de la búsqueda de nuevas estrategias para una política europea de la droga”.

<sup>117</sup> “Los regímenes son los principios, normas, reglas o procedimientos de toma de decisiones explícitas o implícitas, alrededor de los cuales convergen las expectativas de los actores en un área determinada de las relaciones internacionales (...) Los regímenes son entonces arreglos especializados que corresponden a actividades bien definidas, a recursos o áreas geográficas que frecuentemente involucran el mismo subgrupo de miembros de la sociedad internacional” Borda, 2011, pp. 150-151.

materia de drogas, sigue siendo un *atributo de la soberanía española*. Ningún instrumento internacional exige que España tipifique como delitos de peligro abstracto conductas relacionadas con el tráfico de drogas, ni justifica la inversión de la carga de la prueba y la introducción de presunciones contrarias al reo en materia de juzgamiento, ni el uso de medidas de investigación excepcionales, ni la conversión del proceso penal en un instrumento preventivo. Por el contrario, existe una importante constelación de instrumentos internacionales ratificados por la mayoría de los países del mundo, que reconocen exigencias de proporcionalidad como límite al ejercicio del *ius puniendi* y que son completa y *voluntariamente* desatendidas<sup>118</sup>.

El caso español no es el de una víctima de políticas foráneas, sino el de un país que ha sabido hacer sus propios intereses mientras cumple recomendaciones internacionales. La comunidad internacional se ha convertido en un cajón de sastre para justificar intervenciones penales desmedidas que de otra forma hubieran encontrado una oposición mucho más decidida, así como en un argumento de “fuerza mayor” que permite obviar la falta de legitimación instrumental de la legislación prohibicionista, permanentemente negada por investigaciones científicas y contrastaciones empíricas.

Ya se ha afirmado que el acercamiento al “problema de las drogas” en España –como en cualquier otro país- no puede prescindir del análisis de los condicionantes ideológicos que mantienen el discurso sobre el registro punitivo. A mitad de camino entre prejuicios nacionales y presiones internacionales, el escenario político de las drogas quedaría incompleto sin hacer referencia a los aportes nacionales para la conformación del complejo ideológico que funda la respuesta institucional a las drogas<sup>119</sup>.

---

<sup>118</sup> “Dentro de las normas de derecho internacional que dan respaldo jurídico al principio de proporcionalidad se encuentran los arts. 5 y 29(2) de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el art. 49(3) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: de igual manera se ha desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (AA.VV. 2012, p. 15).

<sup>119</sup> Para analizar los comportamientos profesionales de los magistrados del Tribunal Supremo, especialmente los usos que se hacen de la dogmática jurídico penal en materia de tráfico de drogas, se hace necesario remontarse hasta los modelos ideológicos y valorativos que enmarcan y en gran parte determinan su función. “Somática y psíquicamente, la tara de la droga es el comienzo de la ruina del ser humano, el camino de su postración. Se ha dicho que el “drogata” regresa al pasado primitivo, es el hechicero de sí mismo. Ha perdido la antigua sabiduría del mago, que conoce las hierbas y las utiliza para levantar al hombre, no para postrarlo. El deterioro de la

Sobre las sustancias estupefacientes se vehiculizan clichés sociales y políticos, pero sobre todo *prejuicios* que permiten avanzar cruzadas contra personas o grupos previamente seleccionados<sup>120</sup>. Desde sus primeros días, la legislación prohibicionista se ha convertido en una política de grupo fundada sobre criterios médicos, morales, religiosos o “científicos”<sup>121</sup>, que son definidos por unos pocos para ser aplicados sobre todos los demás. El resultado de esta construcción es una “*farmacopea*”<sup>122</sup>, un discurso institucional sobre las drogas,

---

personalidad derivado del uso abusivo de las drogas es tan irremediable como progresivo. El hombre se despeña en el abismo a que le lleva su incontinencia y descontrol. No sólo asistirá a su destrucción paulatina, sino que influenciado por la irresistible llamada a que su adicción le sujeta, dará albergue a factores criminógenos impulsado por la necesidad de proveerse de la droga y de conjurar los trastornos que puedan sobrevenirle en los periodos carenciales. Cabe afirmar que entre el criminal que tiene afirmadas inclinaciones o tendencias al crimen y el sujeto que se mantiene conformista y de acuerdo con las leyes, existe un escalón que es ocupado por un gran número de personalidades marginales, que pueden incurrir en crímenes si se potencian sus instintos nada definidos. La droga arrastrará a los primeros y estimulará a los marginales, actuando psicoactivamente sobre ellos y facilitando el acceso a lo criminal desde la antesala de lo criminógeno” (*Soto Nieto en CDJ-DCSP 21 (1992), p. 87*).

<sup>120</sup> Para el caso de Estados Unidos, cfr. *Escohotado*, “Las drogas resultaron un buen chivo expiatorio para no enfrentarse a las verdaderas causas de todos los tipos de conflictos con los que tropezaba la construcción de la gran nación, y se les atribuyó la causa de muchos males, los cuales se identificaban con diversas minorías étnicas que el modelo no contemplaba: el alcohol con los irlandeses parranderos, el opio con los chinos intrigantes, la coca con los enloquecidos negros del sur, la marihuana con los mexicanos indolentes. Así, en las décadas de los años veinte y treinta se fueron fiscalizando todos estos productos, fiscalización que fue, además, uno de los pilares de un modelo de control social coercitivo que se encontraba de esta manera una legitimación en el interior de una sociedad democrática” (2008, pp. 48-49); véase también *Hickman en AS Vol. 41 Nr. 1 (2000), p.71-91*; *Kinder en Walker III (ed.), p. 117-142*; *Manderson 1993*; *Giffen/Endicott/Lambert 1991*; para más referencias véase nota a pie 20. Sobre el mismo punto, también, *Scheerer , 2003*, “Dado que cada una de las minorías en cuestión se podía asociar con preferencias concretas por drogas (...), podía llevarse a cabo fácilmente una política de estatus con la excusa de una cruzada científicamente necesaria en nombre de la salud pública: una cruzada para la prohibición del alcohol en lugar de una cruzada contra los inmigrantes católicos urbanos (socialistas), o una cruzada contra la marihuana (en lugar de contra los mexicanos), contra la cocaína (en lugar de contra los negros), o contra el opio (en lugar de contra la mano de obra barata china que amenazaba con quitarle el trabajo a la población blanca)” (pp. 55-56).

<sup>121</sup> “Inextricablemente fundidas, razones morales y comerciales aconsejan a las potencias una política de prohibición para las razas pueriles, política que culminará las celebraciones acordes con veinte siglos de historia cristiana. Usando a Inglaterra como guía las naciones occidentales deben imponer su cultura y su fe a todas las otras. Fundamentalmente, se trata de una empresa *cristiana* que, subsidiariamente, promete ser una empresa *rentable*” *Escohotado*, 2008, p. 610.

<sup>122</sup>“Convertida en algo indefinido, por contraste con lo que sucedió a propósito del alcohol, la legislación sobre estupefacientes consolidaba al menos tres esferas de poder “farmacrático”, cada una definida por dinámicas particulares pero *convergentes* de expansión. Por una parte, los firmantes de los acuerdos ginebrinos se comprometían a crear brigadas locales de estupefacientes. Esos cuerpos, que hacia 1940 apenas suman unos centenares de inspectores en todo el mundo, tienen dos décadas más tarde (cuando todavía no ha estallado la rebelión) millares de funcionarios nacionales e internacionales, que defienden una ideología determinada a través de publicaciones periódicas y reuniones. Representan un espíritu de cuerpo muy preciso e inevitablemente se ven expuestos a grandes tentaciones. Su fin es vencer las toxicomanías por un camino de alguna manera militar, apresando a los culpables y confiscando las existencias. Por otra parte estaba el hampa organizado del mundo,

funcional a la forma de producción capitalista y a su objetivo último consistente en la explotación y control de las masas<sup>123</sup>.

#### **D. Los colombianos, la inmigración y las drogas en España**

La percepción y tratamiento institucional de la droga en España no puede desvincularse de la percepción de algunos grupos sociales vulnerables o estilos de vida. Un ejemplo reciente en España, en las últimas décadas lo constituyen los *inmigrantes*, como *grave amenaza social*. Especialmente el estereotipo delictivo latinoamericano como fuente ideológica para la construcción de la legislación prohibicionista, ha permitido apuntalar una política de *seguridad* más cercana a la guerra que a las exigencias del derecho<sup>124</sup>. En este punto, como condición para poner en sus justas proporciones políticas y culturales la legislación prohibicionista en general y su uso por el Tribunal Supremo español en particular, resulta importante recuperar la propuesta de método formulada por Rosa del Olmo<sup>125</sup>, consistente en estudiar la incidencia del *estereotipo del inmigrante colombiano* en la construcción y aplicación de la “lucha contra las drogas”. La proveniencia del inmigrante colombiano de un escenario de guerra civil, afectado por las doctrinas militares de la seguridad nacional<sup>126</sup> permite entender la progresiva militarización de la legislación prohibicionista, pero sobre todo

---

con centrales importantes en Estados Unidos, el Mediterráneo y China. Su enemigo natural eran los Protectores, si bien gracias a ellos podían aplicarse a construir un imperio de tráfico ilegal con ventajas monopolísticas, en incluso llegar a colaborar con la autoridad política en ciertos casos. En tercer término despuntaba un grupo dedicado más bien a prevención que a represión, formado por una mezcla de terapeutas y personas ligadas más o menos directamente a psicología, derecho y ciencias sociales, a quien se encomiendan tratamientos, encuestas, análisis y consejo” *Escohotado*, 2008, p. 718

<sup>123</sup> Sobre las relaciones que se establecen entre el discurso oficial de las drogas y el sistema de producción capitalista, Cfr. *Romani*, Capítulo 5.; en ese sentido también *Angel Gómez* (ed), pp. 23 ss.

<sup>124</sup> Una conclusión análoga se puede desprender del caso de los EE.UU. véase *Bagley*, 1998, pp. 161-182; *Tokatlian*, 1998, pp. 133-160.

<sup>125</sup> “Como los colombianos son la población más alta de inmigrantes de América Latina hacia ese país, sería interesante ver que conexión hay entre este dato y la creación del estereotipo” y agregaríamos, también la relación entre el estereotipo y la respuesta institucional contra el mismo (*Del Olmo* 1988, p 57).

<sup>126</sup> Como resultado de la internacionalización de la estrategia anticomunista de EE. UU., se produce una vinculación de las drogas con estamentos militares encargados de recuperar la “estabilidad democrática” en América Latina. El discurso institucional de EE. UU. en las décadas de los 80 y 90 mantenía que “el tráfico de drogas es parte de las estrategias sandinistas para desestabilizar a los EE.UU. a través del consumo de drogas, porque el consumo de droga forma parte de la estrategia soviética –cubana-nicaragüense contra occidente-” (*Del Olmo* 1988, p. 66); También *Orozco Abad*, “El discurso de salud pública sobre la "epidemia" de las drogas cedió su lugar de privilegio a un discurso eminentemente político de seguridad nacional en el que se hablaba de la cocaína como de "misiles" enviados contra los Estados Unidos desde los países andinos” *Orozco Abad*, 2003, p. 39.

permite entender que el “problema” no se encuentra en las drogas como realidad natural, sino en el estatus de drogadicto o traficante y en el equipaje político-cultural que se les construye<sup>127</sup>.

## **I. La neutralización de un enemigo por medio del estamento judicial**

Antes que la punición del reo, la legislación prohibicionista parece perseguir la neutralización de un enemigo por medio del estamento judicial. Debido al papel preponderante que se le atribuye en EE.UU. al aparato de justicia, en virtud del cual “la intervención policial y militar podría llegar a adoptar fácilmente la forma de una *ejecución judicial*”<sup>128</sup>, puede entenderse el desplazamiento de la guerra contra las drogas del estamento militar al estamento judicial. Originada en las instancias militares que definían al traficante como narcoterrorista, la guerra contra las drogas se ha desplazado hasta el escenario judicial, lo que no ha redundado en una contención de la guerra sino en una *desformalización del derecho*. Ámbitos normativos que tienen por objeto la delincuencia organizada, la delincuencia sexual reincidente o habitual, el terrorismo o el tráfico de drogas, han venido a constituir un cuerpo de prácticas tan cercanas a la guerra, que la doctrina ha dado en llamarlas *Derecho penal de enemigo*<sup>129</sup>. Con esta denominación, que algunos entienden como una *contradictio in terminis*<sup>130</sup>, se revela un aspecto especialmente problemático para el pensamiento liberal-ilustrado, como lo es la confusión entre guerra y derecho. Si la diferencia entre la guerra y el derecho empieza a ser un asunto de intensidad de la intervención<sup>131</sup>, antes que de contenidos u objetivos, entonces es comprensible que sobre el aparato judicial se coloque la mayor responsabilidad de efectividad

---

<sup>127</sup> “Esta comprensión iba de la mano de días de la administración Nixon y de sus escaramuzas internacionales contra la heroína- a consolidarse y a hacerse verdaderamente hegemónico a comienzos de la década de los ochentas, es decir, en la era de la cocaína y dentro del marco de la llamada “guerra contra la droga”, iniciada en Estados Unidos durante la administración Reagan y continuada por la administración Bush. Sólo entonces el narcotráfico empezó a ser percibido como el peligro mayor que amenazaba la estabilidad de las democracias latinoamericanas y, lo que es aún más grave, la integridad de la sociedad y del Estado norteamericanos. *Orozco Abad*, 2003, p. 40.

<sup>128</sup> *Orozco Abad*, 2003, p. 249.

<sup>129</sup> Como derecho penal especial ha sido ampliamente rechazado. Véase un informe detallado y con más referencias en los siguientes dos volúmenes (*Manuel Cancio/Carlos Gómez-Jara Diez* (eds.); véase también *Donini/Papa* (eds.).

<sup>130</sup> *Ferrajoli* en *JPD* 57 (2006), pp. 3-10.

<sup>131</sup> Todavía puede sostenerse que las intervenciones militares implican una crueldad mayor que las intervenciones jurídicas guiadas por el paradigma de la guerra, así no sea más que por la notoriedad de su evidencia.

para combatir fenómenos como el de las drogas<sup>132</sup>, aún por encima de la capacidad operativa de las fuerzas militares<sup>133</sup>.

Esta resignificación del derecho en general y de la dogmática jurídico-penal en particular, se traduce en la pérdida del programa limitador tradicionalmente asignado a este instrumento:

“(…) la dogmática de origen alemán, practicada tanto en Portugal como en España, parece estar (de nuevo) en crisis. Sin embargo, si en el pasado más reciente la utilidad del trabajo dogmático se puso en tela de juicio más bien desde la teoría –en una época en la que estaba extendida la esperanza de poder llegar a marginalizar la pena en sentido estricto a través de la resocialización–, ahora predomina la impresión de que la evolución que cuestiona las bases tradicionales de la dogmática es impulsada, ante todo, por el propio legislador, de modo que, una vez convertido el impulso político-criminal en Ley, se estaría minando *desde dentro* la elaboración dogmática. No es ya un programa alternativo al Derecho penal, abolicionista, el que pone en cuestión instituciones básicas de la dogmática jurídico-penal, sino que son ciertas inserciones modernas en el Derecho positivo los generadores de la crisis: en el plano del injusto, diferencias en los marcos penales (piénsese, por ejemplo, en ciertas penas amenazadas para delitos graves contra bienes jurídicos personalísimos en comparación con las penas previstas en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas) que carecen de toda posible explicación racional; en la redacción de los tipos, anticipaciones de la punibilidad que prácticamente dinamitan categorías dogmáticas enteras, como las de autoría y participación, tentativa y consumación u otras instituciones centrales de la teoría de la imputación”<sup>134</sup>.

Como lo ha revelado la crítica al derecho penal del enemigo, todo este movimiento se basa en una oportunista *instrumentalización del enemigo* como parte de una estrategia global de control de algunas poblaciones que empieza con la privación de los derechos civiles y

---

<sup>132</sup> Por ejemplo, a partir de la “política de sometimiento de los narcotraficantes a la justicia (Negociaciones) orientada a estimular la entrega de narcotraficantes, la reducción de penas y la garantía de juzgamiento en el país (Decretos 2047, 2147, 2372 y el 3030 de 1990; el 303, el 1303 y el 2265 de 1991 y el 1833 de 1992)” (*Tokatlian*, p. 47).

<sup>133</sup> También podría formularse diciendo que la capacidad operativa de las fuerzas militares se hace con el escenario judicial como un instrumento más en la “war on drugs”.

<sup>134</sup> *Cancio Meliá* en Dias (coord.), p. 226.

políticos y termina con la negación de su estatus de persona<sup>135</sup>. Por supuesto, con ello no sólo se pierde la posibilidad de poner en contexto la acción criminalizada, sino también de descubrir en ella las resonancias del propio orden político y económico que se dice afectado. Como lo puso de manifiesto Del Olmo, acciones como el tráfico de drogas son más complejas que lo que la simplista aproximación bélico-punitiva permite inferir, “ignorando que el problema es más complejo y no puede presentarse en términos moralistas de naciones, gobierno o personas “buenas” o “malas”, sin tomar en cuenta que se trata de una empresa que reproduce la dinámica de la economía transnacional contemporánea”<sup>136</sup>. La debida contextualización de las acciones criminalizadas –eterna preocupación de la criminología crítica- rinde simultáneamente un interesante efecto académico y político. En primer lugar permite entender las relaciones constituyentes del orden social y en segundo lugar justificar muchas conductas que aparecen como resultado final de ese mismo orden.

La caracterización sociológica de la población que se encuentra inserta en el mundo del tráfico de drogas nos permite tomar conciencia de esta situación. En primer lugar, volviendo a la criminóloga venezolana, detrás de la imagen del enemigo construida por las agencias del poder punitivo<sup>137</sup>, suelen encontrarse los niveles más pobres de las sociedades subdesarrolladas. Por ejemplo, desde la sobredeterminación individual aparecen exclusivamente los actores, por supuesto, funcionalmente contruidos a las necesidades de la respuesta penal<sup>138</sup>. Lo que se olvida es que aquellos actores que ingresan droga a España,

---

<sup>135</sup> Sobre el derecho penal de enemigos en general, cfr. *Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez* (eds.); sobre el derecho penal de enemigos en relación al mundo de las drogas en particular, puede consultarse *Scheechler* en RCDGP Vol. 3, N° 1, Año 2, 2011, pp. 63-81.

<sup>136</sup> *Del Olmo*, 1992, p. 66. Sobre la desviación de la conflictividad social al instrumento penal como una de las de denuncias recurrentes de la criminología crítica, también *Terradillos Basoco* en NFP 78 (2012) “Y, al respecto, la doctrina ya ha denunciado que el fundamento de esta nueva apelación a la pena carcelaria se encuentra en objetivos simbólicos: se trata de mantener el debate acerca de la conflictividad social en el evanescente plano de la maldad y el merecimiento de castigo, “ocultando las responsabilidades del Estado y de los grupos sociales más poderosos en la generación y mantenimiento de las situaciones de injusticia que fomentan comportamientos socialmente desviados. Por otra parte, se canaliza la opinión pública de que se hacen eco los medios hacia situaciones morbosas –delitos sexuales, delincuentes malvados, menores monstruosos, y otras tantas construcciones de la fantasía conservadora- lo que facilita la aceptación de respuestas intimidantes” (p. 17).

<sup>137</sup> Con la participación de agentes políticos conservadores y la resonancia de los medios de comunicación funcionales a su proyecto político.

<sup>138</sup> “Se insiste, por ejemplo, en resaltar a determinados personajes como únicos responsables (Carlos Lehder o Pablo Escobar Gaviria de Colombia, y a Roberto Suárez de Bolivia). En ocasiones se llega incluso a atribuirles poderes casi mágicos y no es extraño leer en este sentido referencias como la siguiente: “La habilidad de los

“bajo la promesa de sumas de dinero mínimas (frente al riesgo) pero importantísimas para ellos”<sup>139</sup>, no representan el mal, ni tienen por propósito desestabilizar a la sociedad europea. Por el contrario, se trata de “delincuentes” “colocados en una suerte de cadena de montaje de la ilegalidad, privados de calificación, de específico aprendizaje, así como también carentes de conciencia respecto al ciclo productivo en el cual están ocupados”<sup>140</sup>, sobre los cuales “es posible creer, sin hacer grandes elucubraciones, que la comunidad puede tener sobre su comportamiento al menos un mínimo de seguridad cognitiva y una proyección mínimamente esperable de reinserción al derecho, sobre todo al representar con su actuar una mínima muestra de respeto a los valores sociales (... mantención de la familia y la salud de los críos). Es esperable a su vez que, al ocurrir un hecho propio de la vida social –encontrar un trabajo “legal”, por ejemplo- no haya persistencia en el actuar delictivo”<sup>141</sup>.

Quien observe desprejuiciadamente estos contextos podrá convencerse de que no existe de parte de estos sujetos “una reacción frente al poder establecido, sino más bien un actuar de manera que el error pase desapercibido para seguir siendo parte del sistema social”, lo que se expresa en afirmaciones como “gano lo que necesito para la hipoteca y me salgo” y otras muchas otras circunstancias justificantes que algunos tratan de hacer valer inútilmente al interior de las instancias judiciales. Este sujeto, antes que un peligroso enemigo que pone en riesgo la existencia colectiva, “parece perfectamente compatible con la conservación del Estado, al no tener la envergadura de un adversario del ordenamiento jurídico”<sup>142</sup>, por el contrario, resulta siendo victimizado tanto por el orden legal institucionalizado como por el mundo de la ilegalidad<sup>143</sup>, sometido a condiciones de flexibilidad e incertidumbre. Aproximaciones criminológicas al mundo de las drogas han mostrado que “las tareas más estigmatizadas y riesgosas en el mercado de las drogas doméstico e internacional son dejadas en manos de empleados criminales sin experiencia que son, casi invariablemente, mal pagos. A nivel del contrabando y la importación internacional, éstos son, con algunas excepciones,

---

traficantes de mover millones de dólares dentro y fuera de Bolivia ha dificultado al gobierno manejar con efectividad la economía interna y desarrollar políticas económicas”, con lo cual unos individuos “superdotados” son los culpables de la economía” *Del Olmo*, en ¿Prohibir o domesticar?, p. 72.

<sup>139</sup> *Scheechler*, 2011, p. 76.

<sup>140</sup> *Ruggiero*, p. 36.

<sup>141</sup> *Scheechler*, 2011, p. 75.

<sup>142</sup> *Scheechler*, 2011, p. 75

<sup>143</sup> En lo que se reflejarían las íntimas conexiones entre las características de las economías lícitas e ilícitas. *Ruggiero*, 2005, p. 63.

ciudadanos no británicos [para el caso, no españoles] cuyos roles son limitados, que son vistos como ‘mulas de transporte’ y que están frecuentemente desprevenidos respecto de la severidad de la legislación británica en materia de drogas”<sup>144</sup>.

El uso de este estereotipo al interior de las instancias judiciales servirá para articular un derecho penal autoritario, desconocedor de las exigencias políticas y dogmáticas que aún aparecen consagradas en la Constitución española y en los diferentes instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

## II. La inmigración como escenario de criminalización

En la actualidad la inmigración se ha convertido en un espacio privilegiado de actuación del sistema penal: leyes de inmigración incesantemente restrictivas, fronteras militarizadas, complejos crecientes para la detención administrativa, deportaciones sistemáticas, y, especialmente en el contexto europeo, el hiperencarcelamiento de inmigrantes, son algunas de las medidas que han llevado a consolidar la centralidad de los inmigrantes como destinatarios prioritarios del sistema penal<sup>145</sup>. Se comprueba fácilmente que una de las variables menos relevantes en esa consolidación es la mayor o menor proclividad al delito de tales sujetos, mientras que emerge como factor fundamental la forma como se ha promovido la inserción de esos sujetos en las sociedades de recepción<sup>146</sup>.

Si como lo comprueban algunas importantes investigaciones criminológicas, durante buena parte de la segunda mitad del siglo XX el catálogo de destinatarios principales del sistema penal estaba conformado por el *drogodependiente* y el *toxicómano*, en quien confluían todos los estigmas que se consideraban relevantes por el sentido común conservador para identificar el “animo criminal”, en la actualidad esos estigmas convergen sobre el *inmigrante irregular*:

“En efecto, en la medida en que la conversión de los países occidentales en receptores masivos de migrantes, y la consiguiente conformación de sociedades crecientemente complejas, constituye uno de los fenómenos más trascendentales del tiempo histórico

---

<sup>144</sup> Ruggiero, p. 61.

<sup>145</sup> Sobre el tema véase in extenso García España 2001; también Palidda/Brandariz/Iglesias/Ramos (eds.) 2010; Monclús Masó 2008; Zugaldía Espinar/Pérez Alonso (coord.) 2007.

<sup>146</sup> Con esto se hace referencia al grado de apertura que se encuentra en los sistemas laborales y de la seguridad social para acoger las demandas de una creciente población inmigrante.

presente, esta situación ha influido igualmente sobre la política criminal. El nuevo destinatario por antonomasia del sistema penal es el migrante. No en vano, si la crisis de la heroína puede ser vista como un fenómeno especialmente vinculado a las difíciles expectativas vitales, y a un cierto nihilismo, de la primera generación -autóctono- que vive la transformación del *welfarismo* fordista, la progresiva consolidación de un sistema postfordista de carácter global, sustentado en una fuerza de trabajo regulada no ya de forma dual, sino crecientemente precarizada, hace emerger la centralidad del migrante. Centralidad no necesariamente cuantitativa, sino cualitativa, y que se expresa en múltiples planos: a) en el ámbito productivo, condicionando la composición y la regulación de la fuerza de trabajo; b) en el plano de la composición social, tendiendo hacia su progresiva complejidad; c) en el plano del control social, en la medida en que la gestión jurídico-formal de los migrantes prefigura perfiles que podrían orientar la evolución futura de los sistemas de control y sanción”<sup>147</sup>.

Tanto la centralidad del drogodependiente como la del inmigrante en el escenario político criminal han sido una consecuencia de los discursos y las prácticas promovidas por la “*lucha contra las drogas*” que ha funcionado de manera efectiva en la orientación de la política criminal de la Unión Europea en general y de España en particular. En virtud de la guerra contra las drogas se ha operado una especie de conversión automática del inmigrante –sobre todo el irregular, aunque no exclusivamente- en autor de las distintas conductas del art. 368 del CP. Por supuesto, esta identificación puede ser permitida por el número total de personas inmigrantes condenadas por conductas de tráfico –superior al número de personas autóctonas, pero no puede ser explicada consultando simplemente la procedencia del autor. El hecho de que la mayoría de personas condenadas por el art. 368 sea inmigrante no se debe a que estos posean unas características naturales que los hagan proclives a la desviación, sino a diversos factores, entre los que se pueden destacar, por un lado, el hecho de que el régimen de prohibición global supone una especie de división del trabajo criminal que deja las conductas más peligrosas a los sujetos más débiles de la cadena de producción<sup>148</sup> y por otro lado, a un

---

<sup>147</sup> *Brandariz García*, 2006, p. 139.

<sup>148</sup> La debilidad de estos sujetos se traduce en consecuencias trágicas para su propia vida al intentar superar las barreras físicas, culturales y normativas impuestas por los países receptores para atajar el descontrolado proceso de la inmigración “según el *Mediterranean Migration – Report2005*, publicado por el Euro-mediterranean Consortium for Applied Research on International Migration (CARIM) del Instituto Universitario de Florencia, entre 1989 y 2002 han muerto de 8000 a 10000 personas en el intento de entrar en territorio español desde Marruecos (vid. el informe en [www.carim.org/Publications/AR2005carim.pdf](http://www.carim.org/Publications/AR2005carim.pdf)). Por lo demás, la Guardia Civil

cambio de objetivo (sujeto) en el proceso de selección del Sistema Penal<sup>149</sup>. El complejo proceso de la cadena de producción, que arranca con la siembra y el cultivo que realizan poblaciones campesinas de países en desarrollo y termina con el lavado de activos realizado por instancias con amplia capacidad de cooptación de las esferas política y económica del centro económico del mundo, termina siendo reducido a los eslabones más débiles, que se convierten en *enemigos útiles* y funcionales para la obtención, por un lado, de los efectos simbólicos buscados con la política prohibicionista y por el otro, para la gestión de la inmigración, definida como un problema.

### III. Reducción del individuo e incidencia en contextos criminales

Al operar una reducción en el ámbito individual de grandes conflictos sociales y políticos, la legislación prohibicionista se muestra, además de selectiva, *inútil*, pues es evidente que una política criminal que opera sobre el infractor individual, a partir de tesis sobre las causas biológicas del delito, no podrá incidir sobre los contextos criminales que hacen rentable el negocio de la droga. Como se comprueba en una ya clásica investigación sobre el tema:

“los correos son responsables de la introducción ilegal de sólo una exigua cantidad de drogas en los países consumidores. Debido a ello, puede parecer desproporcionado el elevado esfuerzo que los países dedican a la persecución de estas actividades. En relación con esto, conviene tener presente que las organizaciones internacionales dedicadas al comercio de drogas se sirven con frecuencia de los correos individuales para desviar la atención de la policía en las aduanas”<sup>150</sup>.

---

tiene indicios que permiten presumir que en los últimos meses de 2005 entre 1200 y 1700 personas habrían perdido la vida intentando arribar a Canarias desde las costas mauritanas (sobre ello, vid. el diario El mundo DE 20/III/2006). En los ocho primeros meses de 2006 la estimación de muertos en la misma ruta es, según Cruz Roja, de entre 2000 y 3000 (vid. el diario El País de 1/IX/2006). Además, según el gobierno de Malta, durante 2005 entre 600 y 700 personas perecieron intentando llegar a las costas de ese país (vid. sobre ello el diario El País de 25/VI/2006) (...) Otra evidencia particularmente lacerante es la que se ha manifestado entre fines de agosto y principios de octubre de 2005, con los intentos masivos de superación de la frontera española en las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, hechos en los que cuando menos 14 migrantes irregulares han perdido la vida, en la mayor parte de los casos como consecuencia de los disparos de las fuerzas policiales fronterizas. (...) Estos hechos se han repetido en julio de 2006, cuando tres migrantes murieron intentando saltar las vallas fronterizas de Melilla, presumiblemente como consecuencia de los disparos de fuerzas fronterizas ” *Brandariz García*, 2006, p. 134.

<sup>149</sup> Ver *Escobar Marulanda*, 2010, ps 278 ss.

<sup>150</sup> *Ambos/Cormils/van den Reyt/Doval* en EPC 19 (1996), p. 47.

Por esta misma razón es que “desde el punto de vista de las organizaciones internacionales dedicadas al narcotráfico, el riesgo de que algunos de los envíos individuales de droga sean interceptados por la policía es perfectamente asumido en términos económicos (...)”<sup>151</sup>, esto es, la situación de desempleo y pobreza generalizada de los países productores de drogas favorece la recluta de correos para esta clase de transporte. Pese a las políticas represivas de dichos países, dirigidas primordialmente contra estos sujetos, la cifra de personas que se encuentran en una situación económica desesperada es tan elevada que nunca podrá aspirarse a reducir sustancialmente el número de los potenciales correos primarios de drogas sin llevar a cabo reformas básicas en materia socioeconómica”<sup>152</sup>. No obstante esta verdad de Perogrullo, sigue siendo la actividad realizada por cierta inmigración –negra y latina- la que llena las estadísticas de personas detenidas.

La reorganización de la economía global parece tener una incidencia importante en la manifiesta *debilidad jurídico-social de la inmigración* en Europa. La deslocalización de los mercados y la concentración de la riqueza exclusivamente en algunos sitios del globo, obliga a los nativos de países pobres a emigrar al seno de la economía mundial en busca de trabajo y oportunidades económicas, aumentando el flujo de migraciones y creando una nueva fuerza de trabajo global. Esta nueva fuerza de trabajo global se caracteriza por la flexibilidad e irregularidad en su articulación a la economía de trabajo -situación que se reproduce tanto al nivel de la economía legal como de la ilegal<sup>153</sup>-, en la debilidad de su posición jurídica -pues en muchas ocasiones ni siquiera el inmigrante regular puede acceder a los derechos políticos, sociales y económicos-, y por el hecho de que la simple situación de migrante los habilita como objetos de intervención del sistema penal. Nos referimos aquí a los llamados delitos

---

<sup>151</sup> *Ambos/Cormils/van den Reyt/Doval* en EPC 19 (1996), p. 47.

<sup>152</sup> *Ambos/Cormils/van den Reyt/Doval* en EPC 19 (1996), p. 47.

<sup>153</sup> “Reflejando lo que sucede en la economía legal, los inmigrantes tienden a concentrarse en los niveles más bajos del sector criminal, realizando las actividades de alto riesgo como el tráfico de drogas en la calle y la prostitución callejera. En otras palabras, también en estos sectores los inmigrantes tienden a coger los trabajos que los nacionales ya no están dispuestos a hacer. Estas actividades tiende a ser no sólo menos provechosas para aquellos que las realizan –especialmente cuando están insertadas en empresas criminales de organización jerárquica-, sino que también comportan más riesgos como consecuencia de su mayor visibilidad. A su vez, esta mayor visibilidad conduce a detenciones repetidas y a redadas que también contribuyen a inflar las estadísticas de la delincuencia inmigrante, así como a actitudes intolerantes de ciudadanos asustados. En la medida en que la retórica de la calidad de vida coge fuerza, equiparando la mera presencia de los inmigrantes con decadencia urbana, la propensión pública a llamar a la policía ante cualquier signo menor de desorden aumenta, contribuyendo a exponer a los inmigrantes a prácticas arbitrarias –y a menudo discriminatorias- de gestión policial de tolerancia cero”, *De Giorgi* en RCPP 2 (2012), p. 154.

relacionados con la inmigración<sup>154</sup>, que tienden a ser cometidos casi que exclusivamente por los inmigrantes –violaciones adicionales de la legislación migratoria, el reingreso a un país del cual ha sido expulsado, la falsificación de visas o documentos de estancia como seguros, carnets y autorizaciones, dar asistencia o refugio a parientes o amigos indocumentados, etc.-, sin obviar aquellos delitos cuyos castigos son aumentados significativamente cuando son llevados a cabo por inmigrantes: por ejemplo, el rechazo a dar los propios documentos a un agente de la ley en aquellos países donde no llevar carné de identidad es ilegal.

La tasa de encarcelamiento de España, la más alta de Europa occidental con una relación de 150 por cada 100.000 habitantes<sup>155</sup>, muestra una *sobrerrepresentación de población inmigrante encarcelada*, a tal punto “que es más probable encontrar a un extranjero en prisión que andando por las calles”<sup>156</sup>. El análisis que se viene de hacer permite concluir que esta tasa de encarcelamiento no es un hecho gratuito o azaroso, sino el resultado causal de una serie de variables que se encuentran “en la intersección entre el derecho migratorio, el derecho penal y la economía”<sup>157</sup>, dirigidos a la obtención de finalidades políticas y económicas útiles a la reproducción del sistema social. El estatuto del inmigrante no obedece solamente a la lógica de la exclusión sino que busca su más adecuada gestión, su articulación a una estrategia económico-política que necesita la existencia de sujetos vulnerables para poder obtener de ellos un beneficio determinado: “una vez más, un patrón consistente puede ser identificado entre estos múltiples estratos de control de la inmigración: a pesar de la retórica en curso de la guerra contra la inmigración ilegal –tan poderosa en Europa como en los Estados Unidos-la criminalización e ilegalización de la inmigración sin permiso se relaciona con una estrategia más amplia cuyo objetivo no es mantener afuera a los inmigrantes no deseados, sino permitir

---

<sup>154</sup> Sobre ello cfr. *De Giorgi* en RCPP 2 (2012), p. 154.

<sup>155</sup> *Melossi* en RAD 3 (2013), pp. 17.

<sup>156</sup> *Melossi* en RAD 3 (2013), p. 9; cfr. también, *De Giorgi* en RCPP 2 (2012) sobre “Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa” (p. 151), donde se calcula que la Tasa de encarcelamiento de extranjeros en España es de 500 (cada 100.000 habitantes), mientras que la de nacionales es de 96.8 (cada 100.000 habitantes). Esta relación se reproduce en materia de detención preventiva, con un % de prisioneros nacionales preventivos del 16.7 y un % de prisioneros extranjeros preventivos del 38.9. Fuente: Consejo de Europa SPACE (2009); Centro Internacional para el Estudio de las Prisiones (2009).

<sup>157</sup> *Melossi* en RAD 3 (2013), p. 12.

entrar a algunos y mantenerlos bajo unas condiciones de subordinación sancionada institucionalmente”<sup>158</sup>.

Esto será de suma relevancia a la hora de analizar críticamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en relación con el reconocimiento o no de la justificante del estado de necesidad para traficantes de droga que se encuentran en una situación económica y social que los obliga a sacrificar el bien de la salud pública para salvar la vida y la integridad de ellos mismos o de sus seres queridos. Y será de relevancia porque uno de los argumentos más recurrentes para afirmar la improcedencia de la justificante consiste en presumir la existencia de *vías lícitas* que le permitan salir de la situación de necesidad sin alterar la salud pública.

Entre este escenario jurídico político de la inmigración y la estrategia de lucha contra las drogas se cierra el círculo de la criminalización de una serie de sujetos que vienen siendo representados como los *enemigos de la sociedad española*<sup>159</sup>. Por supuesto, su enemistad resulta siendo el efecto de los mismos instrumentos creados para contenerlos, antes que alguna expresión ontológica o el producto de una decisión individual. Como lo ha reconocido Cancio Meliá en sus aproximaciones críticas al derecho penal de enemigos puesto en discusión por Jakobs, la enemistad resulta siendo el resultado de un derecho que se desentiende de cualquier finalidad preventiva y se convierte en un sucedáneo de la guerra, donde “la norma prácticamente reconoce (o construye), al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la diversidad del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores afectados que se encuentra implícita en su regulación –una forma exacerbada de reproche- da especial resonancia a sus hechos (...) Mediante la demonización de los grupos de autores, es decir, a través de la exclusión del círculo de mortales “normales” que está implícita en estas modalidades de tipificación –una forma exacerbada de reproche-, da incluso mayor resonancia a sus hechos. Ello solo puede comprenderse si se asume que tal

---

<sup>158</sup> Cfr., *De Giorgi* en RCPP 2 (2012) p. 157, quien afirma que la conformación de un estatuto penal de la inmigración funciona no solo para controlar poblaciones percibidas como peligrosas, sino también y principalmente para mantener la disponibilidad de mano de obra barata dispuesta a aceptar las condiciones de trabajo que se le ofrece. Se trata de “forzar a los pobres a “preferir” cualquier condición disponible de trabajo legal antes que incurrir en las sanciones unidas al comportamiento penal y en el rechazo al trabajo”, con lo que advierte la renovación del principio de menor elegibilidad teorizado por Rusche y Kircheimer, a partir del cual se asegura “que las fracciones más marginalizadas de la clase proletaria aceptarán cualquier nivel de explotación en el mercado de trabajo capitalista, lo que será en la mayoría de casos preferible a ser castigado por rehusar trabajar en las condiciones dadas” (p. 143).

<sup>159</sup> Para más referencias sobre el tema véase supra nota 145.

orientación del ordenamiento jurídico-penal va dirigida, en su significado, al conjunto de los grupos sociales que no se encuentran entre los próximos a los autores. En consecuencia, el derecho penal del enemigo encierra como función latente la *creación artificial de criterios de identidad* entre los excluyentes mediante la exclusión”<sup>160</sup>

“se ha de tener en cuenta que el problema de los correos representa solamente una parte del problema global que plantean las drogas. Por ello, su solución no puede provenir únicamente del empleo de medios penales, sino que sólo será posible mediante una nueva política en materia de drogas”<sup>161</sup>.

Finalmente, si el sistema prohibicionista se inició en la vigencia de creencias que hoy en día nadie se podría atrever a mantener sin falsear la realidad, resulta necesario preguntarse por qué continúan inalterables. Para algunos, la permanencia invariable de la política criminal contra las drogas se podría explicar a partir de un *conformismo rutinario*, que en el fondo es incapaz de aceptar años de fracaso en una política que también ha sido suscrita por la jurisdicción<sup>162</sup>. Para otros, se trataría de la utilidad que reporta un instrumento que aunque no puede disminuir los efectos nocivos vinculados con el consumo y el tráfico de estupefacientes, al menos si permite *crear otras funciones más fáciles de cumplir* y sobre las cuales las autoridades administrativas y judiciales se pueden articular obteniendo importantes beneficios<sup>163</sup>, incluyendo, por supuesto, los réditos económicos que implica el mantenimiento de políticas prohibicionistas sobre el registro de la “lucha contra las drogas”. Una última explicación consiste en el velo ideológico que oculta la realidad de las drogas. Se trata de esquemas culturales afianzados en más de cien años de cruzada prohibicionista, soportados sobre discursos que no requieren contrastación empírica y que han logrado crear un vínculo de necesidad entre el problema de las drogas y el castigo.

---

<sup>160</sup> Cancio Meliá en Jakobs 2006, pp. 78-79.

<sup>161</sup> Ambos/Cormils/van den Reyt/Doval en EPC 19 (1996), p. 49.

<sup>162</sup> “Si los que participan en ella no lo admiten es simplemente porque para ellos se ha convertido en una cuestión de principios y estatus. Para los conservadores morales, ceder ante [las drogas] equivale a una rendición incondicional ante el enemigo. Por lo tanto, no están tan interesados en cuestiones de eficacia. Lo que más les importa es la propiedad cultural. Es posible que las leyes sobre drogas sean ineficaces, pero mientras sean las suyas, ahí se tienen que quedar” Scheerer, 2003, p 57.

<sup>163</sup> “A medida que el delito y el castigo se transformaron en cuestiones electorales muy importantes, los partidos políticos del gobierno y de la oposición comenzaron a competir para ser reconocidos como “duros” con el delito, preocupados por la seguridad pública y capaces de restablecer la moralidad, el orden y la disciplina frente a los corrosivos cambios de la modernidad tardía”, Garland, p. 222.

## **Excursus: replanteamiento de la política antidrogas en América Latina**

La discusión sobre las drogas se ha caracterizado por girar entre los extremos ideológicos opuestos: *legalización* y *prohibición*<sup>164</sup>. En el escenario latinoamericano se ha escuchado recientemente la propuesta de un cambio de dirección en el rumbo de la política de lucha contra las drogas<sup>165</sup>. La novedad consiste en que se empiezan a alinear del lado de la legalización de las drogas algunas de las voces que en su momento se mantuvieron en el registro más punitivo del *continuum* ideológico. Una de estas voces proviene de la Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, creada por los expresidentes Fernando Henrique Cardoso de Brasil, Cesar Gaviria de Colombia y Ernesto Zedillo de México, quienes habrían venido a cambiar su postura después de haber mantenido en sus respectivos países una aproximación prohibicionista al problema de las drogas<sup>166</sup>. En sus diferentes

---

<sup>164</sup> El panorama más amplio de la discusión ha sido presentada en inglés y alemán. A continuación se reseña una muestra de la literatura más importante En Inglés: *Goldstein*, pp. 79 ss.; *Bean*, pp. 11 ss.; *Doug Husak*, pp. 3 ss.; *Inciardi* (ed.) pp. 9 ss.; *Evans/Berent/Downs* (eds.), pp. 17 ss.; *Schaler* (ed.), pp. 49 ss.; *Leuw, Ed./I. Haen Marshall* (eds.), pp. 3 ss.; *DuPont/Voth* en *Ann Intern Med* 123 (1995), pp. 461-465; En Alemán: *Geyer*, 2005, pp. 4 ss.; *Hauptmann*, 2000, pp. 13 ss.; *Kanitscheider* (ed.), pp. 5 ss.; *Hess en Werse* (ed.), pp. 375 ss.; *Hanssen*, pp. 17 ss.; *Zurhold* (ed.), pp. 17 ss.; *Gersemann* (1996); *Kurt von Es*, 1995, pp. 9 ss.; *Hartwig/Pies*, pp. 48 ss.; *Knauf/Erhardt*, pp. 17 ss.; *Loos*, 1991 pp. 9 ss.; *Thamm*, 1989, pp. 307 ss.

<sup>165</sup> Así lo reconoce también Paladines, José Vicente, quien sintetiza en los siguientes puntos la búsqueda latinoamericana de una nueva perspectiva sobre el problema de las drogas: “la búsqueda de nuevas salidas o alternativas a la “guerra contra las drogas” es parte de un debate regional. las políticas y legislaciones antidrogas han despertado más de un resquemor en América Latina mediante: i) el debate para la legalización y el establecimiento de instituciones para sus usuarios a través de dosis permitidas (Colombia, Costa Rica y Guatemala); ii) la discusión de un nuevo marco normativo que asuma una transformación de la visión prohibicionista, así como la generación de procesos de descarcerización mediante indultos (Argentina, Ecuador y Bolivia); iii) la promoción parlamentaria y la implementación de políticas de salud para la determinación de umbrales más acordes con la realidad de los usuarios (Brasil y México); y, finalmente, iv) la propuesta legislativa y gubernamental para la legalización de ciertas drogas como la marihuana (Chile y Uruguay).”, *Paladines* en *Boletín GLIPGö* 3 (2012), p. 12.

<sup>166</sup> Algunos presidentes y expresidentes de la región también han mantenido una opinión favorable a la legalización de las drogas y a un cambio de enfoque en la política punitiva. Sobre este cambio de opinión expresado en una carta hecha pública en diciembre de 2012 se ha referido Antonio Caballero en los siguientes términos “Una carta en la que unos cuantos responsables políticos (dos presidentes en ejercicio, Juan Manuel Santos de Colombia y Otto Pérez de Guatemala, y otro que ya iba de salida de su cargo, Felipe Calderón de México) y unos cuantos irresponsables (los que cuando mandaban en sus respectivos países no hicieron nada al respecto, como Carter y Clinton de los Estados Unidos, el mexicano Fox, el brasileño Cardoso, el polaco Walesa), así como varios intelectuales, un cantante y dos astrónomos, y, en fin, gente que por fin ha recuperado la sensatez, dicen que la guerra universal contra las drogas ha fracasado”, *Caballero* en *Semana* (05/01/2013). Recientemente, el Ministro de Justicia del Gobierno de Juan Manuel Santos, Yesid Reyes Alvarado, en el marco de la Sesión anual de la Comisión de Narcóticos de la ONU realizada en Viena: „replantear la política de lucha contra las drogas“; sin embargo, como lo expresa el periodista Pedro Arenas, en el país persiste la criminalización de los pequeños productores. *Arenas* en *El Tiempo* (11/03/2015).

publicaciones esta Comisión se ha propuesto desmontar algunos de los principales mitos contruidos en la centenaria cruzada contra las drogas, a partir de una “visión latinoamericana”<sup>167</sup>. Debido a que Latinoamérica ha sido el escenario regional donde las políticas prohibicionistas basadas en la represión de la producción y de interdicción al tráfico y la distribución, así como en la criminalización del consumo han mostrado sus consecuencias más perversas, es el escenario ideal desde el cual construir los argumentos para mostrarle al mundo porque la legislación prohibicionista no debe ir más.

En diversa medida, el desarrollo institucional de los diversos países latinoamericanos se ha visto frenado por una política antidroga promovida por la potencia del norte con un total desentendimiento de sus consecuencias humanas más nefastas<sup>168</sup>. Como consecuencia de la política antidrogas promovida por EEUU, e implementada acríticamente en las diferentes naciones latinoamericanas, se ha producido en las últimas décadas: (i) un aumento del crimen organizado tanto por el tráfico internacional como por el control de los mercados domésticos y de territorios por parte de los grupos criminales; (ii) un crecimiento a niveles inaceptables de la violencia que afecta al conjunto de la sociedad y, en particular, a los pobres y jóvenes; (iii) la criminalización de la política y la politización del crimen, así como la proliferación de vínculos entre ambos que se refleja en la infiltración del crimen organizado en las instituciones democráticas; (v) la corrupción de los funcionarios públicos, del sistema judicial, de los gobiernos, del sistema político y, en particular, de las fuerzas policiales encargadas de mantener la ley y el orden<sup>169</sup>. Especialmente para Colombia, un reciente

---

<sup>167</sup> AA.VV. Drogas y democracia: hacia un cambio de paradigma, Comisión Latinoamericana sobre Drogas y Democracia, informe disponible en [www.drogasydemocracia.org](http://www.drogasydemocracia.org), (consultado 21/05/2013).

<sup>168</sup> “La gran desigualdad, en términos de poder, entre los Estados Unidos y los demás países del hemisferio involucrados en el comercio de la droga, es otro factor que hace muy difícil tanto formular las políticas como llegar a acuerdos sobre ellas. Si no todas, una gran parte de las disposiciones contra las drogas han sido formuladas o implícitamente vetadas en los Estados Unidos, y la mayoría de las políticas andinas han sido reacciones a mecanismos o presiones de los Estados Unidos o de la violencia asociada al tráfico de drogas. La ciudadanía y los gobiernos de los países andinos comparten la creencia de que carecen del poder para diseñar y formular sus propias políticas antidrogas, las cuales son más bien imposiciones de la comunidad internacional. Dentro de este marco de referencia no hay espacio para un diálogo internacional significativo sobre las políticas. Los Estados Unidos tienen mucho que decir sobre los países andinos, pero las opiniones de éstos sobre las políticas estadounidenses son en gran medida irrelevantes, especialmente en torno a los asuntos que se relacionan con la exigencia de reducción o diferente trato de la demanda en ese país. Esta desigualdad de poder contribuye a socavar cualquier esfuerzo de conversión de políticas” (Thoumi, 2002, pp. 356-357).

<sup>169</sup> Un desarrollo de estas consecuencias en Thoumi 2002 y 2008.

informe de la Comisión de Política Criminal ha descrito los vínculos entre el enfoque prohibicionista y la conflictividad nacional de la siguiente manera:

“los cálculos más recientes indican que si el tamaño de los mercados de drogas ilegales no hubieran aumentado en la proporción que lo hicieron (110% entre 1994 y 2008), Colombia tendría una tasa de homicidios que sería el 64% de lo que es actualmente (es decir, una tasa de homicidios por cada 100,000 habitantes de 23 en vez de 36), una tasa de desplazamiento forzado de tan sólo el 34% del nivel actual y los ataques de grupos armados ilegales serían el 57% de su nivel actual”<sup>170</sup>.

Pero la profundización de estas consecuencias no se ha traducido en un cambio de perspectiva ni en una relativización de los instrumentos punitivos. Por el contrario, a medida que se hace más evidente que la política antidrogas está vinculada con la creación de este escenario, el enfoque prohibicionista resulta fortalecido, pues los fracasos se convierten en una oportunidad para “apretar unas cuantas tuercas sueltas”, intentando superar con mejoras técnicas defectos estructurales relacionados con el propio enfoque. Por supuesto, según se dice, el problema tendría origen en la difusión aún parcial, o contrastada, del paradigma prohibicionista, aunque, por eso mismo, estaría destinado a resolverse de manera directamente proporcional a su expansión. Es evidente entonces, como describió Escohotado, que “tras la apariencia de una cuestión técnica o estatutaria se gestaba una alternativa de ética política y una redefinición de las funciones del Estado en relación con el ciudadano”<sup>171</sup>.

Para evaluar una política pública es necesario consultar una diversidad de factores (económicos, sociales, políticos, culturales, morales, de salud pública y ambientales) que intervienen en su creación e implementación. No obstante, aunque en el escenario latinoamericano todos *parecen musitar las consecuencias reales* del enfoque prohibicionista, se trata de un conocimiento privado que muy pocos se han atrevido a formalizar para llevarlo al mundo de lo público. En ello, sin duda, ha incidido el hecho de que la información sobre estos factores, y el conocimiento de la manera cómo interactúan es débil, y la formulación e implementación de las políticas se basa en parte en conocimiento y en parte en creencias y

---

<sup>170</sup> Escohotado, 2008, P. 58; Un referente ineludible para entender las consecuencias de la cruzada prohibicionista en Colombia deberían ser los estudios de Escobar Marulanda, quien ha reseñado las particularidades que en Colombia han llevado a una progresiva guerra –ausente en otros países-, entre las cuales encuentra (i) la existencia de grupos armados insurgentes, (ii) el papel del Estado, que se muestra cada vez y de forma más clara legitimando los poderes fácticos y (iii) la existencia de un empresariado con un irrenunciable poder hegemónico sobre la tierra. Cfr. *Escobar Marulanda*, 2013, pp. 137 – 161.

<sup>171</sup> Escohotado, 2008, p. 639

datos dudosos<sup>172</sup>. Pero también ha incidido la facilidad con la cual muchos funcionarios y gobernantes locales se adaptan a los intereses de las potencias internacionales que promueven el enfoque, así como a los importantes beneficios directos que esta actitud les representa.

A medio camino entre la asunción acrítica de modelos foráneos y el sometimiento a políticas internacionales, *América Latina ha padecido todo el espectro de consecuencias perversas del paradigma prohibicionista*<sup>173</sup>. No obstante haber vivido en carne propia estas consecuencias solo hasta ahora se ha empezado a perfilar una evaluación crítica de las políticas públicas en materia de drogas, la cual ha comenzado por afirmar un punto trivial, pero básico, esto es, que si el problema de las drogas es un problema que afecta la salud de las personas es necesario comprender *por qué se producen y consumen las drogas*. Los enfoques críticos intentan superar la ideologización del problema, mostrando que si las políticas se formulan a partir de supuestos errados sobre la causalidad de la producción y el consumo, es muy probable que fallen; y cuando tienen éxito, terminan muchas veces generando otros efectos negativos.

Una de las primeras condiciones para superar los actuales esquemas de intervención punitiva pasa por *deconstruir el concepto de droga* con que operan los sistemas penales. El problema de la droga se presenta como un único problema sin desagregar los niveles y los diferentes grupos poblacionales que participan en la cadena de producción y consumo. Desagregar las variables que conforman el mundo de las drogas permite identificar las diferentes problemáticas que están detrás de la criminalización de la droga así como identificar y valorar el nivel de daño que se produce en cada nivel de cara a la articulación de políticas públicas más realistas.

El mundo de las drogas es complejo y desentrañarlo requiere una actitud crítica frente a los discursos dominantes hasta ahora. Su fenomenología se compone de una extensa cadena de producción conformada, al menos, por siete fases, algunas de las cuales se encuentran habitadas por víctimas antes que por peligrosos victimarios a los cuales se les pueda atribuir el deterioro de la seguridad y la salubridad pública. La producción de la droga pasa por las

---

<sup>172</sup> “En efecto, la imposición de las políticas contra la droga se ha convertido en una cruzada, y las cruzadas difícilmente requieren de un mapa (que los guíe), mucho menos una evaluación” (Thoumi, 2002, p. 355).

<sup>173</sup> Para una visión general sobre los programas de asistencia antidrogas de Estados Unidos en la región y la influencia en las políticas antidrogas véase Ribando Seelke (ed.), pp. 9 ss.; Asimismo Youngers/Rosin (eds.), pp. 1 ss., quien enseña los reales costos de la guerra contra las drogas en algunos países latinoamericanos; Véase también Bagley/Walker III; Ambos 1994; Smith; Bagley en J. Interam. Stud. & Wld. Aff. 1 (1988), pp. 161-182.

siguientes fases: (i) cultivo y cosecha de la hoja de coca; (ii) transformación primaria de la hoja de coca en pasta y base de coca; (iii) transformación de la base de coca en clorhidrato de cocaína –es en este nivel, debido a la ingente cantidad de recursos donde aparecen las grandes mafias-; (iv) fase de tráfico mayorista del producto terminado hacia las costas y fronteras nacionales; (v) tráfico internacional –nivel donde se encuentran los llamados “correos de la droga”-; (vi) distribución minorista en los países consumidores –función cumplida por inmigrantes, exiliados y demás personas desafiadas de los sistemas de seguridad social-; y al final, cerrando la cadena de producción encontramos el lavado de activos<sup>174</sup>.

Aquí aparece relevante destacar, que no obstante el interés por redefinir las políticas de drogas, hasta ahora ninguna de ellas ha propuesto la despenalización completa o parcial de la cadena de producción. El estudio de las propuestas permite concluir que aún nadie se atreve a dar el paso decisivo, limitándose a promover una lectura desde la reducción de daños para situaciones como el consumo y la adicción, las cuales, hace ya mucho tiempo vienen siendo gestionadas por paradigmas no punitivos.

---

<sup>174</sup> Por supuesto, la complejidad de cada una de estas fases nos impide entrar a analizarlas aquí. No obstante, importa resaltar que para los intereses de este trabajo, en la fase (v) relacionada con el tráfico internacional, se encuentra el grupo poblacional que compone la jurisprudencia del Tribunal supremo español en materia de estado de necesidad (Para una completa caracterización de este grupo, cfr., *Martínez Escamilla*, 2004, p. 230 y ss.). Por supuesto, como ya se ha mostrado, las características sociales, económicas y culturales de este grupo poblacional, así como su papel y participación en las estructuras criminales que participan en el tráfico de drogas, los convierte en chivos expiatorios fácilmente sacrificables de una cruzada incapaz de enfrentar los niveles más poderosos y dañinos de la cadena de producción, sobre todo porque se encuentran mimetizados en la política y en la economía legal (A partir de una línea de pensamiento de *Sutherland, Ruggiero, ob. Cit.*, analiza los contactos íntimos entre la economía legal y la ilegal, mostrando que en los niveles más altos la economía criminal opera con las mismas dinámicas que la economía legal, lo que dificulta su descubrimiento y posterior judicialización). En los niveles de esta cadena de producción también encontramos a un grupo poblacional que ha sufrido como ninguno otro los efectos devastadores de la legislación prohibicionista, como lo es el de los campesinos convertidos simultáneamente en desplazados y criminales. En un país mayoritariamente rural como Colombia ello ha tenido consecuencias sobre toda la organización socio-política, a tal punto que una de las funciones no declaradas de la cruzada ha sido la de impedir reformas a favor de la población más débil. Según *Escobar Marulanda*, “uno de los beneficios no declarados de la llamada guerra contra el narcotráfico parecería ser un retroceso en la siempre esperada y anhelada reforma agraria (...). La reforma agraria en Colombia ha sido una de las piezas claves de su historia y sus confrontaciones. Una promesa siempre incumplida por parte de todos los gobiernos, un anhelo siempre esperado por parte del campesinado colombiano y una realidad nunca alcanzada, en beneficio de la clase poderosa de Colombia”, cfr. *Escobar Marulanda*, 2013, p. 151.

El interés de algunos gobiernos y representantes políticos por apoyar políticas basadas solo en la ciencia y la evidencia, así como en aumentar el gasto público en políticas alternativas<sup>175</sup>, puede ser una oportunidad perdida para desmontar la guerra si solo se reduce a cambiar el paradigma frente al consumo, manteniendo el mismo tono frente a las demás fases de la cadena de producción<sup>176</sup>. Como consecuencia de esto se propone redireccionar o reinvertir los fondos creados para enfrentar el problema de las drogas, aumentar el gasto público en políticas alternativas y apoyar políticas fundadas en criterios y evidencias científicas. Por ejemplo, el zar antidrogas de EE.UU. reconoce que

“la administración del presidente Barack Obama definió esta nueva estrategia de lucha antidrogas basada en un plan científico. Trata el asunto como un problema de salud pública y no sólo como un asunto de justicia criminal. El plan reconoce que el uso de la droga es un desafío global que no solo afecta a una región en especial, como es el caso de Latinoamérica. Son todos los países los afectados y, por eso, se requieren soluciones compartidas. Por ejemplo, las anteriores distinciones de países productores y países consumidores ahora desaparecen. Hoy en día todos los países deben considerar la política antidrogas como un problema de salud y de seguridad pública, que requiere una respuesta moderna, a base de pruebas. Porque la estrategia de solo criminalizar ha demostrado sus falencias”<sup>177</sup>.

A la hora actual para nadie es un secreto que las mayores *cuotas de violencia* que aporta la criminalización de las drogas se concentran *en toda la cadena de producción*, por lo que la despenalización del consumo, aunque favorable a la realización de principios básicos del Estado de derecho –como la libertad de conciencia y la protección de la diferencia-, poco aporta a la disminución de la violencia asociada con las grandes mafias o a la interdicción de la arbitrariedad que han alcanzado los estamentos policiales y militares encargados de la

---

<sup>175</sup> “Nuestro país (se refiere a EE.UU.) actualmente apoya que se amplíe el tratamiento contra las drogas, de hecho se espera que beneficie a toda una generación, aumentando la cobertura a más de 60 millones de americanos hacia 2020. La nueva política ya es apoyada con 1.400 millones de dólares, que es el aumento solicitado para financiar dicho tratamiento. Para mí, es de gran importancia porque se trata del aumento más grande de recursos para este fin que hacemos en dos décadas” El Colombiano. Entrevista a *Gil Kerlikoswkw* (22.03.2014).

<sup>176</sup> A lo máximo que se ha llegado es a promover la despenalización de la fase de siembra y cultivo de la hoja de coca, como se intentó en Colombia mediante el Proyecto de ley 203 de 2012 presentado en la Cámara “Por medio del cual se despenaliza la siembra y cultivos de la mata de coca, marihuana y otras plantas que producen sustancias psicoactivas. [Despenalización del cultivo de sustancias psicoactivas]”, archivado por tránsito de legislatura el 20 de junio de 2012.

<sup>177</sup> El Colombiano Entrevista a *Gil Kerlikoswkw* (22.03.2014).

persecución de las conductas prohibidas, si no se ve acompañada por la aplicación de los mismos enfoques alternativos a las restantes fases de la cadena de producción. Ya ha sido descrito por importantes estudios criminológicos el *efecto de criminalización implícito* que conlleva la *legalización del consumo* simultáneamente a la prohibición de su venta y distribución<sup>178</sup>.

En todo caso, aunque pareciera haber vientos de renovación, no podemos descuidar el hecho de que los factores económico-políticos que han promovido la cruzada prohibicionista aún no han sido desmontados, por lo que estaríamos en condiciones de suscribir el perfil crítico que frente a todo el movimiento actual sostiene Escobar Marulanda, al afirmar que “(...) frente al narcotráfico y su retórica, si bien es cierto que la misma ha entrado en una fase diferente, no podemos creernos que los problemas relacionados con la misma hayan desaparecido”<sup>179</sup>. Por el contrario, parecen estar entrando en una nueva fase de engaños e intereses donde muy pocos se atreven a extraer las consecuencias del fracaso de la cruzada<sup>180</sup>.

## **E. Sobre el análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español**

### **I. El sistema penal como subconjunto de relaciones**

Aunque el trabajo tiene por objeto estudiar el tratamiento dado al estado de necesidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en materia de tráfico de drogas en relación con

---

<sup>178</sup> Esta situación ha sido ampliamente diagnosticada en Colombia a partir de la sentencia de la Corte Constitucional C-221 de 1994, que al despenalizar el porte y el consumo de la dosis personal, pero mantener la criminalización de la venta y distribución de sustancias psicoactivas promovió la creación de un entorno criminógeno donde los consumidores se ven obligados a obtener la droga en unas condiciones de marginalidad y estigmatización altamente funcionales a la arbitrariedad y discrecionalidad policial. Cfr. sobre ello, el importante estudio de *Lemaitre/Albarracín* en Gaviria Uribe/Mejía Londoño (comp.), donde se concluye que “el porte y consumo de la dosis personal en ciertas circunstancias no han dejado de ser reprimidos por la policía, sin importar el derecho al libre desarrollo de la personalidad” (p. 242).

<sup>179</sup> Escobar Marulanda, 2013, pp. 155 – 156.

<sup>180</sup> Para algunos gobernantes, como sucede muy comúnmente en Colombia, se ha visto como “El tema de las drogas se ha convertido en un divertimento”, en tanto “Romper el tabú y comenzar a plantear internacionalmente la necesidad de pensar el problema de las drogas desde otra perspectiva es importante. Es más, es fundamental para Colombia. Pero lo sería más si el Gobierno comenzara a aterrizar ese discurso a los planes de acción gubernamental, por lo menos en los aspectos que se pueda antes de llegar a ese ‘consenso mundial’. De otra forma, Santos incurriría en la ‘hipocresía’ que le criticó a “muchos líderes, (que) en privado dicen algo y me dicen algo y en público dicen “no puedo hacer esto porque probablemente mi gente me criticará”. Sólo que el caso del presidente Santos sería al revés: dice una cosa por fuera y hace una no sólo mucho menos osada adentro, sino en dirección contraria?”, en [www.lasillavacia.com](http://www.lasillavacia.com), publicado el 22 de noviembre de 2011 (consultado 20-02/2013).

las personas que transportan la droga desde países como Colombia, creemos que debido a las interconexiones que se establecen entre los diferentes subsistemas que configuran el sistema penal no es posible identificar una línea político-criminal sin previamente hacer una aproximación al estado del proceso penal y del derecho de ejecución penitenciaria en la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Repasar el estado del derecho penal material en alguno de sus aspectos dogmáticos –como se propone este texto- sin un acercamiento previo al proceso penal y a la regulación de ejecución penitenciaria aparece como un trabajo inútil, al menos si lo que se quiere es caracterizar la relación que se establece entre los ciudadanos y el sistema penal. El proceso penal, como estructura epistemológica “donde se vive el drama de la prueba”<sup>181</sup>, constituye un apartado imprescindible de la realidad que conforma el sistema penal. Pero hasta ahí, la referencia sigue inconclusa, y tendremos si acaso una buena dogmática material o procesal, pero no un conocimiento adecuado de la realidad del sistema penal si no se hace referencia a las condiciones de determinación de la pena y cumplimiento de la misma. Cada uno de los subsistemas que componen el sistema penal es referente necesario de los otros, y a partir de los tres se opera una idea político criminal con la cual el Estado expresa su comprensión de ciertos conflictos y la manera de gestionarlos. La tesis que quiere destacarse es que esa idea político criminal que se aplica a la investigación, juzgamiento y sanción de personas acusadas por el *delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código penal Español*, evidencia un tratamiento discriminatorio y profundamente selectivo, sobre todo cuando se trata de inmigrantes de países del tercer mundo o en vías de desarrollo, a quienes se aplica un derecho constituido como simple instrumento de control social penal<sup>182</sup>.

En último término se trata de evaluar la vigencia del Estado de derecho en materia de tráfico de drogas, para lo cual, metodológicamente, se acudirá al análisis de las relaciones que se establecen entre el derecho penal material, procesal y penitenciario. Es necesario acordar que estas relaciones se presentan en dos niveles distintos, cada uno de los cuales nos permite identificar las exigencias que el Estado de derecho le hace al poder penal.

---

<sup>181</sup> Pastor, 2002 p. 555.

<sup>182</sup> Ver Escobar Marulanda, 2010.

En primer lugar, los subsistemas de derecho penal material, procesal y penitenciario constituyen una unidad constitucional para la realización de la pretensión penal. Haciendo uso de lenguaje sociológico podría sostenerse que al interior del derecho penal moderno se presenta una división del trabajo social donde se le encomienda a cada subsistema la realización de una parte de las condiciones necesarias para la imposición de una sanción. Sólo si los diferentes estatutos definen las condiciones del cuándo y cómo prohibir, cuándo y cómo juzgar, y cuándo y cómo castigar podría habilitarse la intervención sobre la libertad de una persona. Parece imposible imaginarse un derecho penal material sin un proceso penal, o un proceso penal sin pretensión penal que realizar, y, a su vez, imaginarse cualquiera de los dos sin la posibilidad de la ejecución de una sanción<sup>183</sup>.

Pero las relaciones posibles no se agotan en la conformación de esta unidad constitucional. Aún es necesario considerar un segundo nivel constituido por las exigencias técnico-constitucionales que desde cada subsistema se les hace a los otros. Se trata de la existencia de una serie de competencias autónomas asignadas a los estatutos material, procesal y penitenciario y que funcionan simultáneamente como condiciones necesarias para habilitar una sanción y como límites al funcionamiento del sistema penal. Las estructuras normativas pertenecientes al derecho penal material deben poder ser discutidas en el ámbito probatorio y epistemológico del proceso penal. Esto es, el ámbito de lo punible definido por el derecho penal material debe atender a la naturaleza epistemológica del proceso penal, consagrando figuras susceptibles de ser discutidas y probadas, criterios de lesividad alejados de gaseosas referencias de peligro abstracto o extremadamente subjetivizadas<sup>184</sup>. A su vez, la determinación de lo que se debe entender por un hecho antijurídico susceptible de reproche,

---

<sup>183</sup> Aunque como lo sostiene *Pastor*, 2002, p. 328, “(...) lo decisivo en la administración del poder penal no es sólo la decisión de punir, sino también la de no punir, al punto que político-criminalmente ambas facetas conforman el mundo posible del poder penal”, el referente siempre será la posibilidad de habilitar una sanción.

<sup>184</sup> Estas relaciones de mutuo control entre los ámbitos materiales y procesales han sido puestas de presente de la siguiente manera: “Por otra parte, debe señalarse también que con la rígida separación entre conceptos jurídicos propios de la teoría del delito y reglas de prueba se pasa por alto el importante papel que estas últimas desempeñan en la determinación del ámbito de lo punible. Conceptos sustantivos definidos en términos muy amplios pueden aplicarse en muy escasas ocasiones si se es muy restrictivo en el momento de considerar probados los elementos fácticos que llevan a su aplicación; y, a la inversa, conceptos definidos en términos muy restrictivos pueden dar lugar a una mayor punibilidad si existe en la práctica una gran predisposición de los —órganos enjuiciadores a considerar probada la concurrencia de sus elementos. Que el Estado castigue más o menos no solo depende de los conceptos sustantivos, sino también de las reglas de prueba que se manejen. Solo si estas reglas salen a la luz y son objeto de estudio y fiscalización podrá ejercerse un pleno control del uso que el Estado hace del instrumento penal”, *Pastor*, “Prólogo” en *Andrés Ibáñez*, p. 5.

que pertenece al derecho penal material, funciona como un filtro de procesos penales arbitrarios alejados de cualquier referencia técnico-constitucional. El proceso penal no tiene fines autónomos que habiliten su activación sin la referencia a una hipótesis seria de delito, por lo que debe estar dispuesto a ceder en el momento en que se informe la inexistencia de una relación de derecho penal material. Por último, la realización de la pretensión penal dependerá también de la existencia de las condiciones previstas para el cumplimiento de la sanción. Sin las condiciones materiales y jurídicas necesarias para que los principios que orientan el cumplimiento de la sanción tengan alguna posibilidad de realización<sup>185</sup>, la pretensión penal se torna ilegítima, convirtiéndose en un mecanismo administrativo de contención de peligros, antes que en una pena legítima.

Ni el derecho penal material, ni el procesal, ni el de ejecución, se pueden desentender del hecho de que pertenecen a un sistema creado para habilitar poder punitivo, pero tampoco pueden olvidar, por sobre todo, que tienen la función manifiesta de restarle arbitrariedad a ese poder punitivo oponiéndole las reglas creadas en cada subsistema al sistema en su conjunto.

## **II. Apuntes para una lectura crítica de la función judicial**

La teoría del derecho ha intentado dar respuesta a dos preguntas igualmente complejas. En primer lugar, se trata de resolver si los materiales del derecho –leyes, reglamentos, decisiones– son internamente coherentes. En segundo lugar, se trata de resolver si los jueces son aplicadores neutrales de normas jurídicas o creadores de derecho inspirados en razones políticas y morales. Para responder a la primera pregunta se suele elaborar argumentos inspirados en el Estado de derecho, que proponen un modelo de legalidad estricto a partir del cual la ambigüedad del derecho puede ser reducida a su mínima expresión. Se trata de un modelo valorativo o deontológico que propugna por la realización de una situación apreciable –la certeza y la seguridad ante el derecho-<sup>186</sup>. Para responder a la segunda pregunta se acude a métodos sociológicos dispuestos en un registro empírico, a partir de los cuales se pueda sistematizar la experiencia de la decisión judicial. El presente apartado se ubica en este último nivel.

---

<sup>185</sup> El referente a la pena legítima se encuentra en el artículo 25 de la Constitución Española, que trae como condición de las penas privativas de la libertad y de las medidas de seguridad su orientación hacia la reeducación y la reinserción social.

<sup>186</sup> Un ejemplo de este modelo es la propuesta elaborada en *Ferrajoli*, 2004.

Pero antes de eso se hace necesario realizar algunas anotaciones sobre el pensamiento crítico. La aproximación crítica al derecho permite, por ejemplo, mostrar cómo se construyen criterios de atribución de responsabilidad a partir de los marcos culturales vigentes en un momento determinado. Cómo se seleccionan sujetos para tratarlos como fuentes de riesgo. La manera como la ley es desmentida en la práctica cotidiana de jueces y juristas se lee desde los marcos económicos y políticos en los que se inserta.

Desde la perspectiva crítica, no se trata de que prácticas objeto de estudio como las policiales o judiciales vayan en contravía de nuestros criterios de justicia o ideales normativos, sino de mostrar la manera en que estas prácticas inciden en la construcción de ideales normativos o criterios de justicia que posteriormente se asumen como naturales.

Por supuesto, comprender mejor nuestros criterios de justicia no nos impide denunciar abusos y oponer nuestros criterios normativos a la realidad que describimos, como algunas críticas normativistas parecen reprocharle al enfoque crítico. Un análisis crítico consciente del carácter procesal de la realidad judicial simplemente nos dota de mejores instrumentos para entender que nuestro vocabulario jurídico es una construcción social, y que como construcción, es coyuntural y transitoria, depende de la movilización de nuestra capacidad política para su transformación<sup>187</sup>.

A comienzos de la década del 70, con la aparición de los llamados *estudios críticos del derecho*, se empieza a replantear la idea propia del formalismo jurídico tradicional, según la cual, los jueces son aplicadores neutrales del derecho<sup>188</sup>. El impulso crítico ya había tenido una primera manifestación de la mano del *realismo jurídico* norteamericano y escandinavo y su idea del derecho como un conglomerado de valores e ideologías coyunturales que se filtraban en la decisión judicial. Para los realistas, la función judicial no consistía en un

---

<sup>187</sup> Como lo han dicho recientemente *Brandariz García e Iglesias Skulj*, refiriéndose al mundo del derecho penal y la criminología “(...) el papel de una ciencia jurídica crítica debe seguir siendo debatir políticamente sobre los criterios normativos de orientación del sistema y sobre sus efectos, sin negar el carácter ineludiblemente valorativo – por lo tanto, alejado de cualquier pretensión de verdad propia de las ciencias puras - de la discusión”, “Introducción: Para una crítica del actuarialismo penal realmente existente”, en *Harcourt*, p. 3.

<sup>188</sup> Una adecuada síntesis de las características del pensamiento jurídico adscrito al positivismo jurídico formalista se puede encontrar en Bonilla “El concepto de derecho formalista identifica el sistema jurídico con la ley, considera que el derecho es completo, coherente y cerrado, señala que éste es capaz de dar respuestas únicas a todos los problemas que surgen en una comunidad política y, en versiones radicales, empareja validez formal con justicia”. *Bonilla Maldonado*, 2013, p. 262

ejercicio mecánico de subsunción de hechos en proposiciones normativas, sino que se trataba de un ejercicio de subsunción corregido por valores e ideologías de las que el juez no se podía sustraer. La problematización de la textura ideológica del derecho por el realismo jurídico, sería la matriz conceptual de la crítica a la decisión judicial por los críticos del derecho.

Desde entonces, concluir el alcance ideológico de la decisión judicial ha sido una constante impuesta al observar la fenomenología de la decisión judicial. El proceso ideológico de la argumentación judicial no significa una contradicción entre la *ley* y realidad –superable con un proceso de reforma- o entre la *ley* y la *sentencia* –problemática hermenéutica-, sino más bien en una contradicción entre lo que “la ley exige” y la “sentencia a la que yo quiero llegar”, situación que se supera con un proceso ideológico de reescritura judicial de la ley. Esto es, a la ley se la hace decir lo que el juez quiere que diga.

Es en este nivel que puede ser útil analizar la jurisprudencia del TSE en materia de drogas, para relieves la función ideológica del juez en la adjudicación del derecho en conductas de narcotráfico. Se trata ahora de examinar la ley, especialmente el artículo 20.5 del CP español, desde la perspectiva de quién tendrá que aplicarla, interpretarla, cambiarla, ponerla en entredicho, transformarla o negarla, a partir de sus valores y creencias: el juez<sup>189</sup>. Entenderemos la jurisprudencia del TSE en materia de tráfico de drogas como un campo de batalla en el que la decisión no puede más que plasmar la preferencia de un juez o una corte en un lugar o un momento determinados<sup>190</sup>.

Una de las apuestas más importantes en la aproximación crítica al derecho es tratar de revelar los materiales externos que inciden en la concreción de la decisión judicial. En palabras de uno de los principales autores de la corriente analizada, los estudios críticos tienen como propósito “poner al descubierto el sentido político de la práctica cotidiana de los jueces y de los juristas, que crean el derecho mientras se ven a sí mismos como simples instrumentos el mismo”<sup>191</sup>. Bajo esta perspectiva, entonces, el escenario judicial es un lugar al que se extienden los conflictos sociales y políticos entre personas y grupos opuestos, cuya solución es una creación del juez a partir de argumentos de conveniencia, presión de los medios de

---

<sup>189</sup> Esta metodología es la que aplica en sus artículos académicos Duncan Kennedy, autor en quien está inspirado este apartado.

<sup>190</sup> *Holmes* 10 Harv. L. Rev. 457 (1897).

<sup>191</sup> *Kennedy* en *Doxa* 11 (1992), p. 284.

comunicación y posiciones ideológicas. La separación entre creación y aplicación del derecho se ve así seriamente afectada, y con ella, la separación entre política y derecho pierde también su sitio.

Un aspecto relevante de la aplicación de la teoría crítica al análisis de la jurisprudencia en materia de drogas del TSE consiste en mostrar las condiciones sociopolíticas que explican la opción judicial. Es decir, a la crítica propiamente metodológica aplicada al proceso de decisión judicial se vincula una crítica política consistente en atacar el “status quo social y cultural” de la decisión<sup>192</sup>.

Es de anotar que la decisión judicial ha sido un objeto privilegiado de análisis precisamente por ser el lugar donde se encuentran las dos líneas del trabajo crítico. Al mostrar los motivos ideológicos ocultos en decisiones judiciales que se presentan a sí mismas como técnicas, deductivas, objetivas, impersonales o neutras, el derecho en general y el derecho de drogas en particular se revela como un operador de intereses políticos antes que un instrumento para la resolución neutral e independiente de los conflictos sociales.

La lectura crítica del material producido por el TSE en materia de drogas encuentra que el predominio discursivo del formalismo jurídico se ve desmentido cotidianamente por la labor de los jueces.

Pero la crítica a la adjudicación judicial no es solamente el reconocimiento de la indeterminación y la contradicción interna del derecho, sino antes bien, el reconocimiento de la coherencia del derecho efectivamente aplicado con la ideología vigente en un momento determinado. Se trata del factor subjetivo en la aplicación del derecho. Como se verá más adelante en términos generales el TSE aplica la ideología prohibicionista sobre la propia letra de la ley, lo que a su vez es un indicador de las relaciones de poder que sirven de sustento al actual *status quo* en el mundo.

## **F. Conclusiones**

Una característica que ha identificado las cruzadas modernas contra las drogas es la desatención absoluta de los criterios médicos y farmacológicos elaborados para evaluar sus

---

<sup>192</sup> Kennedy en Doxa 11 (1992), p. 284.

consecuencias. La política antidroga representa un modelo de control social *divorciado de cualquier referencia externa*. Las visiones religiosas e ideológicas que animan los instrumentos creados para enfrentarse al “problema de las drogas” repudian cualquier aproximación que niegue los supuestos efectos nocivos que se predicán de las drogas. A pesar de ello, la evolución de la política antidroga ha estado marcada por una cíclica remisión a la eficacia represiva y un inflexible apego al reproche y el castigo como núcleo de desarrollo.

La forma y el contenido de la regulación jurídica que desarrolla la política antidroga ha sido un producto de *exportación especialmente norteamericano*, fabricado en sus principales enclaves económico-morales y asumido como propio por los diferentes países de recepción. En España, el origen de la legislación prohibicionista se caracterizó por la simultaneidad de una visión tutelar de las funciones del Estado y el ascenso de un poder internacional, manifestado en la promulgación de diferentes cuerpos normativos internacionales, con una progresiva influencia sobre las decisiones nacionales. El antecedente primario fue el Convenio de la Haya de 1912, que fue el primero en definir como peligroso el uso de algunas sustancias estupefacientes.

Al tenor del espíritu que había informado las primeras legislaciones prohibicionistas – ideología tutelar y presiones internacionales- así se expidió la primera legislación sobre la materia en España. En 1924 una Real Orden del Ministerio de la Gobernación establecía penas de cárcel tanto para traficantes como para usuarios de drogas. Esta norma se incorporó posteriormente en el CP que entró en vigencia en septiembre de 1928. Ello fue aunado por la *American Crusade* que logró traducir en diferentes convenios internacionales la idea de que las drogas constituían simultáneamente un *mal moral y una amenaza a la seguridad*. La Convención única sobre estupefacientes de 1961 volvería sobre ello al mencionar desde sus primeras líneas la “preocupación por la salud mental y moral de la humanidad” como fundamento de sus provisiones. Aunque la Convención de la ONU que recomendaba a los estados incrementar las penas y la represión penal del tráfico de drogas era de 1961, sólo hasta el 15 de noviembre de 1971 se reforma el CP en España. Esto permitió un enorme arbitrio a los tribunales a la hora de la determinación de la conducta típica.

Sin embargo, fue con la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970 donde se sancionaría el tráfico, consumo, tenencia “e incluso el ser toxicómano” con todo el rigor punitivo. La ley de peligrosidad y rehabilitación social creó la figura de “estados peligrosos”,

la cual era una cristalización de ideas provenientes del positivismo peligrosista y de la moral mayoritaria. Los excesos a los que se llegó en la aplicación de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, usada como instrumento para la estigmatización y control de la disidencia política y cultural en la época franquista, unido al proceso de democratización que trajo la constitución de 1978 permitió la reforma de 1983. La reforma de 1983 consolidó la atipicidad penal de la posesión para el propio consumo.

En 1988 se realizó la Convención sobre el Tráfico ilícito de Estupefacientes, que obligaba a las partes firmantes a penalizar los aspectos relacionados con el tráfico ilícito. España fue uno de los primeros países en cumplir las indicaciones de la Conferencia de Viena a través de la Ley orgánica 1/88 del 24 de marzo, la cual se dictó “con el objetivo de hacer posible la Intervención del Derecho penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas”. Pero la influencia de esta avanzada internacional no terminaría allí. El ordenamiento jurídico español *se acogió íntegramente a las censuras internacionales*, asumiendo acríticamente sus modelos más represivos, los cuales se verían reflejados en la reforma del CP en 1992. El primer resultado fue el aumento generalizado de las penas y la reducción de las diferencias en el tratamiento penal de las drogas duras y blandas.

En la construcción del problema de las drogas, la referencia a la seguridad nacional o la salud pública ha hecho que la respuesta institucional, así se haga por medio del derecho, adquiera la intensidad de una *intervención bélica*. Especialmente la historia de la salud pública puede presentarse como la historia del paradigma prohibicionista. El mismo ha sido desarrollado casi siempre a partir de *técnicas legislativas asistemáticas* y subordinado a las exigencias de una política de coyuntura en permanente transformación. Esta evolución de la salud pública como referente de protección y fundamento de justificación del prohibicionismo, sin duda, contradice una de las premisas y promesas esenciales del Estado de derecho. La aplicación igualitaria e imparcial de la ley quedan en entredicho frente al hecho de que la salud pública sea un concepto indeterminado y que su lesión se constituya como un delito de peligro abstracto; es decir, ante la ausencia de un referente empírico previamente establecido (criminalización primaria) que posibilite el control de la actividad de los agentes que operan el poder punitivo (criminalización secundaria).

Entre los muchos efectos nocivos que trae la legislación prohibicionista, por un lado, podría decirse que la consolidación de un *mercado negro* es una de las situaciones que mayor daño

ha causado. Este énfasis represivo y discriminatorio se legitima con representaciones morales que demonizan y deshumanizan a las personas que usan drogas y las exhiben como la representación de un "mal social" amenazante el valor de la opinión pública y el estado de salud. Estas políticas afianzan y exacerban la *discriminación sistemática* contra las personas que usan drogas y dan lugar a violaciones generalizadas que van desde la negación de los servicios de salud hasta las prácticas abusivas de las fuerzas del orden, el encarcelamiento en masa y las ejecuciones extrajudiciales.

España no ha sido ajena a estas prácticas. Incluso, la percepción y tratamiento institucional de la droga ha estado vinculada a la percepción de algunos grupos, actualmente inmigrantes, como *grave amenaza social*. Tanto la centralidad del drogodependiente como la del inmigrante en el escenario político criminal han sido una consecuencia de los discursos y las prácticas promovidas por la "lucha contra las drogas" que ha funcionado de manera efectiva en la orientación de la política criminal de la Unión Europea en general, incluida España. Al operar una reducción al individuo de grandes conflictos sociales y políticos, la legislación prohibicionista se muestra, además de *selectiva, inútil*, pues es evidente que una política criminal que opera sobre el infractor individual no podrá incidir sobre los contextos criminales que hacen rentable el negocio de la droga. Para nadie es un secreto que las mayores cuotas de violencia que aporta la criminalización de las drogas se concentran en toda la cadena de producción, por lo que la despenalización del consumo poco aporta a la disminución de la violencia asociada con las grandes mafias o a la interdicción de la arbitrariedad que han alcanzado los estamentos policiales y militares, si no se ve acompañada por la aplicación de los mismos enfoques alternativos a las restantes fases de la cadena de producción.

La tesis que quiere destacarse es que esa idea político criminal que se aplica a la investigación, juzgamiento y sanción de personas acusadas por el delito de tráfico de drogas del artículo 368 del Código penal Español, evidencia un tratamiento discriminatorio y profundamente selectivo, sobre todo cuando se trata de inmigrantes de países del tercer mundo o en vías de desarrollo, a quienes se aplica un derecho constituido como simple instrumento de control social penal. Se trata de evaluar la vigencia del Estado de derecho en materia de tráfico de drogas, para lo cual, metodológicamente, se acudirá al análisis de las relaciones que se establecen entre el derecho penal material, procesal y penitenciario.

Analizar la jurisprudencia del TSE en materia de drogas puede ser útil para relieves la función ideológica del juez en la adjudicación del derecho en conductas de narcotráfico. Se trata ahora de examinar la ley, especialmente el artículo 20.5 del CP español, desde la perspectiva de quién tendrá que aplicarla, interpretarla, cambiarla, ponerla en entredicho, transformarla o negarla, a partir de sus valores y creencias: el juez. La jurisprudencia del TSE en materia de tráfico de drogas se podría entender como un campo de batalla en el que la decisión no puede más que plasmar la preferencia de un juez o una corte en un lugar o un momento determinados.

## PRIMERA PARTE

### Aproximación a los fundamentos del Estado de Necesidad<sup>193</sup>

#### Capítulo Segundo

#### Un panorama de los enfoques de justificación

##### A. Antecedentes

##### I. Primeros desarrollos

La evolución de las discusiones sobre el fundamento de la punibilidad y de las teorías acerca de la ubicación sistemática del estado de necesidad como eximente de la pena, más que una constancia de un desarrollo jurídico práctico, ha estado fundamentalmente determinada por la evolución de los enfoques acerca del concepto del mismo y de las explicaciones de la acción necesaria, en tanto acto que marginaliza el derecho como límite de la conducta<sup>194</sup>. Sin embargo, la conceptualización del estado de necesidad y la teorización de la exclusión de responsabilidad penal a partir del mismo, fue un resultado tardío que estuvo precedido por un *tratamiento casuístico* o por regulaciones de aspectos particulares de las circunstancias de necesidad humana. El abordaje de casos concretos y especiales, propio del derecho romano, no proporcionó una comprensión sistemática de las razones de los conflictos por acciones urgentes o necesarias, ni un fundamento jurídico general, ni mucho menos una disposición concreta de la que se pudiera desprender una teoría del estado de necesidad<sup>195</sup>.

El tratamiento de casos especiales y sin aplicación genérica dado en el *derecho romano*, fue la constancia de que los problemas propios del estado de necesidad no fueron considerados asuntos jurídicos en estricto sentido, sino más bien morales, razón por la que si bien se abarcaron situaciones de necesidad para la vida, ante todo consideró los bienes materiales como objeto de necesaria defensa<sup>196</sup>. Por ello, de los casos aislados no se conoció la *abstracción de reglas de decisión*, es decir, una enunciación general de los criterios que

---

<sup>193</sup> Conviene advertir que a pesar de que algunas referencias de autores alemanes han sido extraídas de otros autores, cuyas obras citan, por cuestiones de estilo se ha optado por citar la obra del autor original.

<sup>194</sup> Mayer AT, p. 176, según el cual si bien la evolución de la doctrina del estado de necesidad ha sido teóricamente muy significativa, en la praxis han sido discutidos pocos casos propios de estado de necesidad.

<sup>195</sup> Küper en Erler/Kaufmann/Stammeler (eds.), p. 1064.

<sup>196</sup> Küper en Erler/Kaufmann/Stammeler (eds.), p. 1064; véase también Stammeler § 2 p. 1 ss.; Mayer AT, p. 177.

debería seguir el juicio a una conducta en estado de necesidad. Al contrario, se consolidó la tendencia basada en la “*tolerancia*”, en diferentes circunstancias, de acciones para la defensa o evitación del peligro de la propia vida ocasionado especialmente por medio de la injerencia en propiedad ajena<sup>197</sup>. Se recuerdan especialmente los casos de exención de pena, por ejemplo, de quien buscaba librarse de la pena de muerte por medio del soborno del rival; de igual manera quienes demolieran la casa de un vecino ante el peligro de incendio, para proteger la propia y en los casos de peligro marítimo, fue permitido destruir anclas y redes de pesca para rescatar la embarcación y las mercancías que estuvieran a bordo<sup>198</sup>.

Asimismo, en los desarrollos jurídicos posteriores, como el *derecho canónico*, se hace una referencia muy general al tratamiento de la necesidad<sup>199</sup>. El mismo contuvo especiales disposiciones sobre el hurto en estado de necesidad, en las que se estableció una atenuación de la pena en el plano de una penitencia. Sin embargo, no se logró asegurar desde las fuentes canónicas un soporte jurídico racional para la comprensión de las razones por las que se eximía o atenuaba la sanción<sup>200</sup>. La legitimación, por ejemplo, de las acciones de defensa se desprendió de la idea de que quien actuaba en defensa propia representaba el poder estatal legitimado divinamente<sup>201</sup>. Solo en el *antiguo derecho alemán* se reconoce el estado de necesidad en casos individuales como una posibilidad o una razón de exención de pena. Las fuentes alemanas rememoran, por ejemplo, los casos de lesión o muerte de animales que llegasen a atacar a alguien, así como la posibilidad de transitar por campos de propiedad privada cuando los caminos públicos fueran intransitables<sup>202</sup>.

## II. La Constitutio Criminalis Carolina

Una evolución respecto al proceder casuístico se constata solo en la doctrina desarrollada durante la recepción del derecho romano, en la cual tiene sus inicios el derecho penal común alemán, que tuvo como punto de partida la Constitutio Criminalis Carolina (*Halsgerichtsordnung Karls V*)<sup>203</sup>. La misma fue considerada el primer cuerpo de derecho

---

<sup>197</sup> Janka, p. 43; Pernice Labeo, p. 66 ss.

<sup>198</sup> Así Küper en Erlen/Kaufmann/Stammler (eds.), pp. 1066.

<sup>199</sup> Mayer AT, p. 177; Stammler, p. 16 ss.

<sup>200</sup> Janka, p. 50 ss.; Levita, p. 52 ss.; Fasten, p. 22 con otras referencias.

<sup>201</sup> Mayer AT, p. 201; Haas, p. 44.

<sup>202</sup> His 1915, p. 34 ss.; el mismo 1920, pp. 183, 236 s.

<sup>203</sup> Schmitt-Lermann, p. 3; Fasten, p. 30.

penal alemán<sup>204</sup>. Su objetivo fue unificar el sistema legal del Sacro Imperio Romano Germánico para poner fin a la jurisdicción penal local que hasta entonces había variado al azar entre los estados del imperio<sup>205</sup>. El desarrollo de un cuerpo normativo fue determinante para la consideración de situaciones en estado de necesidad como razones atenuantes. La Carolina estuvo ante todo orientada a regular situaciones procesales, pero en su contenido se perfilaron también asuntos propios del derecho penal material. Se destacó, por ejemplo, un especial desarrollo de la *noción de culpa*, la cual no estuvo vinculada a una concepción psicológica formal sino que fue dependiente de la actitud interna del autor<sup>206</sup>. Ello fundamentó la introducción del principio de responsabilidad penal por culpa, suprimiendo la vigencia de la misma por deudas del autor. Esto fue consecuencia de la armonización de los postulados de justicia e interés común (art. 104), donde se reconoció que la pena tiene un carácter preventivo general y especial<sup>207</sup>. Ello también se extendió al raciocinio sobre las situaciones de estado de necesidad y se plasmó especialmente en las regulaciones al tratamiento del *hurto famélico* (art. 166)<sup>208</sup>. Si bien este artículo no se reconoció como una vía que sirviera a la determinación de un principio general para el manejo del estado de necesidad, ya que inducía a proceder de manera relativa y casuística, dispuso en todo caso la posibilidad de moderar la pena (incluso hasta la exención de la misma) según las particularidades del caso.

De igual manera, se llegó a considerar la hambruna como razón eximente de la pena en los casos de *hurto de cosas comestibles* (art. 175)<sup>209</sup>. Aunque la Constitución Carolina solo habló de necesidad por hambre y de cosas comestibles, muchas veces no se aplicó bajo una

---

<sup>204</sup> Véase Uttelbach, p. 28; Levita, p. 84.

<sup>205</sup> Se basó en el *Halsgerichtsordnung* de Bamberg (también conocido como el *Bambergensis*), obra de Johann Freiherr von Schwarzenberg (1507). Bajo la *Constitutio Carolina Criminalis* se consideraban delitos graves actos tales como el asesinato, el homicidio, el robo, el incendio provocado, la homosexualidad y la brujería.

<sup>206</sup> Rüping/Jerouschek, p. 40 ss.

<sup>207</sup> Rüping/Jerouschek, p. 43.

<sup>208</sup> “166. Item so jemandt durch recht hungers not, die er, sein weib oder kinder leiden, etwas von essenden dingen zu stelen geursacht würde, wo dann der selb diebstall tapffer groß vnd kündtlich wer, sollen abermals richter vnd vrtheyler (als obsteht) radts pflegen. Oder aber der selbigen dieb einer vnsträfflich erlassen würd, soll jm doch der kläger vmb die klag, deßhalb gethan nichts schuldig sein.” Disponible en [http://www.llv.li/pdf-llv-la-recht-1532\\_peinliche\\_halsgerichtsordnung\\_carolina.pdf](http://www.llv.li/pdf-llv-la-recht-1532_peinliche_halsgerichtsordnung_carolina.pdf) (visto por última vez el 23.04.2014).

<sup>209</sup> “175. Item es sollen auch die diebstall, so an geweichten dingen vnd stetten begangen, die hungers nott, auch jugent vnd thorheyt der personen, wo der eyns mit grundt angezeygt würde, auch angesehen, vnd wie von weltlichen diebstalen deßhalb gesetzt ist, darinn gehandelt werden.” Disponible en [http://www.llv.li/pdf-llv-la-recht-1532\\_peinliche\\_halsgerichtsordnung\\_carolina.pdf](http://www.llv.li/pdf-llv-la-recht-1532_peinliche_halsgerichtsordnung_carolina.pdf) (visto por última vez el 23.04.2014). Véase Levita, p. 52 ss.; Janka, p. 65 ss.

interpretación literal, sino que fue más allá y tuvo una aplicación extensiva a cosas que pudiesen ser vendidas para proveer alimentos, y a los casos en los que solo por medio de la irrupción en propiedad ajena pudiese conservarse la vida<sup>210</sup>. En los debates jugó un papel importante la noción general de *necessitas*, de la que surgió posteriormente la idea de ponderación de intereses<sup>211</sup>. Oportunamente se discutió el polémico caso en el que un aborto tenía que ser realizado para conservar la vida de la madre. Algunos autores estuvieron a favor de la despenalización, en parte, con el fundamento de soportar la desgracia más pequeña en aquellas situaciones en las que se enfrentan a dos desgracias<sup>212</sup>.

### III. La influencia del derecho natural

El derecho natural imprimió una orientación especial a las discusiones jurídicas, pues introdujo, por un lado, la idea de racionalidad humana como postulado de su teoría ética y, por otra parte, un criterio de legitimidad de las leyes sobre la base de su compatibilidad con principios de moralidad inmutables y de validez universal (leyes naturales). Esta orientación llevó a la ciencia penal a introducir nuevos esfuerzos para la interpretación de la noción *necessitas*. Estos intentos se basaron fundamentalmente en la explicación, a partir del aspecto subjetivo del hecho, de la conformidad del acto a la ley positiva o la justificación de la omisión voluntaria de los mandatos positivos. En las discusiones jugaron un destacado rol las ideas de “*instinto de conservación*” y del *ius et favor necessitates*, a partir de las cuales Pufendorf consolidó un primer intento de justificación. Según Pufendorf, dicho derecho se ocupa “de los privilegios que otorga la necesidad de nuestra propia conservación, para eximirnos de la obligación de observar en ciertos casos las leyes generales. Es decir, que es necesario examinar si se puede a veces hacer lo que las leyes prohíben, o dispensarse de hacer lo que ordenan, cuando quien se encuentra reducido, sin haber contribuido a ello por su culpa, a tal situación extrema, no podía de otro modo salvarse del peligro del que es amenazado”<sup>213</sup>.

J. S. F. Böhmer<sup>214</sup>, a quien se le reconoce como el primer jurista alemán en desarrollar un manual de derecho penal con perfil científico y, además, sistematizar y conceptualizar las discusiones doctrinales sobre la legítima defensa y el estado de necesidad, derivó la falta de

---

<sup>210</sup> Janka, p. 67 con otras referencias.

<sup>211</sup> Küper en Erler/Kaufmann/Stammler (eds.), pp. 1067.

<sup>212</sup> Véase Janka, p. 76 ss., con otras referencias.

<sup>213</sup> Pufendorf VI II § 1, p. 278; Sobre el tema véase Welzel 1958, p. 89 ss.

<sup>214</sup> Böhmer, p. 164.

sanción del acto producto del estado de necesidad comprendida por la legalidad del hecho, a partir de que el derecho natural a la *autoconservación* suspende o suprime la calidad injusta del dolo. Desde entonces, en la casuística, se abrió paso tal delimitación temática y se extendió el punto de vista a los casos de colisión vida contra propiedad y los casos de aborto, más allá de los asuntos en los que se colocaba vida contra vida<sup>215</sup>.

Así, por ejemplo, el caso de la “*tabla de Carnéades*” introducida por Pufendorf se consolidó como uno más de los ejemplos de la doctrina del estado de necesidad. Especial referencia a este caso hizo Kant<sup>216</sup>, quien llegó al resultado de que el hecho debía ser sancionado no como inculpable sino como impune, pues la amenaza de pena por medio de la ley no podía ser más grande que el resultado inmediato de perder la vida. Es decir, Kant entendía que en casos como el de la tabla de Carnéades la sostenida ilicitud del hecho no debía, sin embargo, conducir a sancionar penalmente a quién, por el instinto de autoconservación, realizaba tal conducta antijurídica; concretamente, hablaba de que el hecho, siendo injusto, debía reputarse “*impunible*”. Hablaba de un estado de necesidad que, aunque en absoluto justifica la conducta del sujeto, permite disculpar lo que ha hecho atendiendo a la situación crítica en la cual el autor ejecutaba el ilícito.

#### **IV. Enfoques subjetivos sobre la exclusión de punibilidad**

##### **1. El derecho de necesidad en filosofía kantiana**

###### **a. Apuntes sobre la filosofía moral de Kant<sup>217</sup>**

Para comprender la doctrina jurídica Kantiana y el porqué de la ilicitud de un hecho cometido en estado de necesidad no debía conducir a una sanción penal, es fundamental comprender, a la vez, su filosofía moral, especialmente aquello que determina la validez de un principio moral o imperativo categórico. Para Kant, solo en el momento en que la razón es suficiente por si sola para mover la voluntad, pueden existir principios morales válidos universalmente. Aquellos principios prácticos, válidos para todos, se llaman *imperativos*. Éstos son *mandatos o deberes que expresan la necesidad objetiva de la acción*. Cuando el imperativo determina la voluntad, no en vista de obtener un efecto determinado que se desee sino simplemente como

---

<sup>215</sup> Así Küper en Erler/Kaufmann/Stammler (eds.), pp. 1066.

<sup>216</sup> véase Küper 1999, p. 29 ss.

<sup>217</sup> Sobre el tema véase *in extenso* Küper 1999, p. 29 ss

voluntad, prescindiendo de los efectos que pueda lograr, se llamará entonces imperativo categórico; éstos son leyes prácticas que resultan válidas para el ser racional.

Los *imperativos categóricos son leyes morales, universales y necesarias*, y se diferencian de las leyes naturales en tanto que pueden no cumplirse, puesto que, la voluntad humana también está sujeta a las inclinaciones sensibles. Su esencia (la del imperativo) radica en que tenga validez en virtud de su forma de ley, gracias a su racionalidad. Así, en la ética kantiana, nuestra moralidad no depende, en última instancia, de las cosas que queremos, sino del principio por el cual las queremos. La esencia del imperativo categórico consiste en ordenar cómo se debe querer aquello que se quiere y no lo que se debe querer. Por lo tanto, la moralidad no consistirá en lo que se hace, sino en cómo se hace lo que se haga<sup>218</sup>. El imperativo categórico *determina la voluntad objetivamente*, sin que intervengan otros factores, es suficiente con la pura forma de la ley. La ley moral se impone a la conciencia como un hecho de la razón y ella solo se entiende si se admite la libertad, si se acepta que en substancia me ordena la libertad.

Se conoce primero la ley moral (el deber) en cuanto hecho de la razón y después se infiere de ella la libertad, como su fundamento y su condición. Esa libertad, como independencia de la voluntad con respecto de la ley natural de los fenómenos, quiere decir también autonomía, *la ley moral no será siempre el motivo y la condición determinante*. Pero, además, para ser moral, la voluntad que se halla en la base de la acción debe estar inmediatamente determinada solo por la ley. No estar mediada por sentimientos, es pues, la consagración del himno Kantiano al deber. La ley moral, enfrentándose a las inclinaciones y a las pasiones, se impone a ellas. Así, la ley moral pone de manifiesto una *coerción práctica de las inclinaciones*, se configura como un deber; este deber tiene su razón de ser en la libertad. Si no hay ley moral ni libertad, la búsqueda de un orden de la libertad externo y, sobre todo, la fundamentación de la validez de un orden interno se vaciaría de sentido<sup>219</sup>.

Así entonces, el objetivo de la moral en Kant es *determinar el conjunto de obligaciones que los individuos tienen entre sí para lograr un orden en el que prime el respeto a la libertad de cada miembro de la sociedad, en cuanto hombre, y los valores de autonomía, igualdad, dignidad humana, independencia y justicia*; la moral es, en este sentido, la doctrina que

---

<sup>218</sup> Así en *Reale/Antiseri* Tomo II, p. 760 ss.

<sup>219</sup> Así *Daval Dikaioyne* Vol. 3 N. 3-4, p. 170.

enseña, no cómo se ha de ser felices, sino cómo se debe llegar a ser dignos de la felicidad. Esta idea supone que la moral puede exigirle al hombre que prescinda por completo de las consideraciones implicadas en el principio de felicidad cuando entre en juego el precepto del deber<sup>220</sup>. Para lograr ese objetivo, la moral utiliza medios en el afán de alcanzar ese mundo público común, para encauzar la existencia de una legislación universal orientando las libertades externas; son medios que derivan su validez a partir de *prescripciones morales que fundamentan ese mundo común*. Así, el *derecho y la política* nacen, se reproducen y mueren perpetuamente en la doctrina kantiana para el logro de ese objetivo de la moral, siendo a la vez el mayor punto de encuentro entre éstos, derecho y política.

### **b. Acerca de la doctrina kantiana del derecho**

En la lucha por conducir la acción práctica y la ley moral universal, aparece el *derecho* como un *medio que actúa sobre aquellas acciones externas o del arbitrio*, y solo allí se impone. Como medio que deriva su validez de una prescripción moral, paradójicamente, únicamente determina la forma y no la materia de la voluntad. Por ello es tan solo un medio para consolidar un mundo público y común, para conciliar arbitrios según leyes universales. El derecho en la concepción kantiana *sirve para regular racionalmente el arbitrio*<sup>221</sup>; establece una serie de condiciones con el fin de hacer posible la convivencia entre arbitrios, por ello, al igual que las leyes morales, las jurídicas son leyes de libertad y solamente por medio de leyes de libertad la razón práctica es capaz de constituir las condiciones necesarias para una interacción armónica. Es por esto último, más que por la amenaza de coacción, que se define el derecho en Kant: se sigue el derecho en razón de la libertad de los otros, se obedece el derecho no por el miedo a la coacción externa en principio, sino por una *auto-coacción racional*<sup>222</sup>. Se acata el derecho porque se reconoce al otro, no solamente por la universalidad de la ley moral, sino también por la defensa de las dignidades.

El derecho delimita ámbitos de acción y, a la vez, se ocupa de su protección. Dicho proceso de demarcación se funda y avanza a partir de un hecho innato, *el derecho a la libertad*. La libertad es previa a la actuación del derecho, y la función del derecho es proteger que no sea transgredida ni siquiera por el derecho, es por ello, que la legislación ética se ocupa de las

---

<sup>220</sup> Véase Cortes Rodas RIFP 20 (2002), p. 127 s.

<sup>221</sup> Cortes Rodas RIFP 20 (2002), p. 128.

<sup>222</sup> Así Villacañas, p. 1999; Cortes Rodas RIFP 20 (2002), p. 130.

acciones internas; el derecho se ocupa de la forma de las relaciones externas recíprocas del arbitrio. Solo se pregunta por el procedimiento mediante el cual se determinan las condiciones bajo las cuales el *arbitrio puede coexistir bajo leyes universales*<sup>223</sup>. Las leyes jurídicas viven en función de proteger las acciones internas limitando la acción exterior de otros en razón del respeto a la libertad, en razón de eliminar toda amenaza de dominio de la voluntad de uno sobre otro, por ello está directamente relacionado con la lucha por alcanzar un proyecto individual de felicidad y no sobre las desproporciones de esto último, de ello se encarga la ética.

Es de aclarar, que actuar en concordancia con el derecho *no es un deber ético, sino jurídico*, en tanto su cumplimiento puede ser obligado por la voluntad general expresada en el derecho. Ahora, cumplirlo sin miedo a la coacción es una acción virtuosa, es meritorio. De tal manera, la diferencia entre lo ético y lo jurídico hace alusión a la pretensión que la razón práctica les hace a los hombres frente al contenido del deber y al tipo de obligación. No hay libertad y no hay derecho que esté fundamentado en la libertad, sin que la subjetividad esté presupuesta en su *autodeterminación interna*<sup>224</sup>. Por ello Kant piensa que la disposición para actuar respetando el derecho solo se consigue potenciando el móvil moral, ello deja ver que el concepto kantiano de derecho supone la obediencia al derecho por el respeto del hombre como fin y no como medio.

Por otro lado, ello es diferente a lo que en la filosofía kantiana se entiende por *política*, a la que correspondería el *desarrollo de procesos sociales* donde los seres humanos condicionan sus acciones en el marco de la idea del hombre como fin para la construcción de una cultura de respeto a los hombres, el desarrollo de las facultades y capacidades propias de éste y la determinación de la idea de respeto a la libertad. Ese arte de realizar *entendimiento en la experiencia*, ese desarrollo del conocimiento de la situación de las personas y la reparación de aquellas condiciones que hacen que no se desee la universalidad de la ley moral, eso es, en apretada síntesis, lo que presenta Kant como política<sup>225</sup>.

---

<sup>223</sup> Cortes Rodas RIFP 20 (2002), p. 131.

<sup>224</sup> Cortes Rodas RIFP 20 (2002), p. 137.

<sup>225</sup> Así Fort Magistralis Vol. 11 N. 22 (2002), p. 98.

### **c. La ineficacia de la norma penal**

El estado de necesidad llega a ser presentado por Kant como un fenómeno salido del *imperativo categórico* y, por lo tanto, desvinculado de la razón de ser del derecho. Para Kant, el derecho sirve para regular racionalmente el arbitrio, establece una serie de condiciones con el fin de hacer posible la convivencia entre arbitrios. Por ello, al igual que las leyes morales, las jurídicas son *leyes de libertad* y solo por medio de leyes de libertad, la razón práctica es capaz de constituir las condiciones necesarias para una interacción armónica. Por ello nombra Kant el *derecho de necesidad* como un *derecho ambiguo*, en tanto representa una acción externa sobre el fundamento de una coacción y no de un imperativo categórico como la ley penal (*necessitas non habet legem*). En tanto no es una acción orientada por los límites del imperativo categórico, el estado de necesidad contradice el derecho penal, pues este es un completo mandamiento del razonamiento práctico que indica los lindes del actuar. Por lo tanto, la pregunta por la sanción no se resuelve en el plano objetivo, sino *subjetivo*. Por ello, según Kant, en el derecho de necesidad no se trata de un derecho en tanto pretende dar por validas conductas de agresión frente a personas que, en principio, no han cometido injusticia. Se trata de una situación en la que el derecho pierde capacidad de coacción, por lo que se cancela la pena, en tanto el castigo anunciado por la ley penal no logra intimidar más que el *miedo de perder la propia vida*<sup>226</sup>. En este caso, la ley penal no tiene el efecto propuesto pues la amenaza con un mal incierto como la sanción determinada vía judicial, no puede sobrepasar el temor de perder la vida. En ese sentido, la acción es un delito, pero en la misma es imposible que la norma penal se imponga subjetivamente, por lo que pierde vigencia<sup>227</sup>. Kant ha fundamentado su decisión desde el punto de vista subjetivo, en tanto la exención de la pena se deduce desde el punto de vista psicológico pues la norma penal no tiene la capacidad de coacción suficiente en los casos de estado de necesidad<sup>228</sup>.

### **d. La no punición de las acciones en estado de necesidad**

#### **i. Fundamentación psicológica de la impunidad subjetiva**

---

<sup>226</sup> Kant p. 37 ss.

<sup>227</sup> Kant p. 37.

<sup>228</sup> Kant p. 37.

La no punibilidad del hecho, en principio punible, realizado en ejercicio de la autoconservación con uso de la fuerza o de la violencia y la exención de la pena subjetiva, se fundamentan en la doctrina kantiana con un *argumento empírico-subjetivo*, una consideración relativa a lo experiencial. Es decir, la imposibilidad práctica de que la norma penal determine la conducta a causa de la preponderancia de un mal mayor como lo es la amenaza de muerte. El famoso “*Nicht-Geben-Können*” (no poder dar), en el sentido de la repercusión psicológica de la norma penal, que corresponde a una imposibilidad normativa, representa un giro al aforismo utilizado a propósito del derecho de necesidad que considera que para el mismo no existe ningún mandato. Éste amerita una interpretación especial, como lo advierte por ejemplo Küper<sup>229</sup>, pues dicha frase se relaciona concretamente no con la *imposibilidad fáctica de tal norma penal*, sino con su *falta de eficacia*. En este sentido, las normas que amenazan con sanciones extremas y rigurosas como la pena de muerte, se enfrentan a cierta inoperancia de su mensaje normativo. He ahí una sencilla razón que explica, según Kant, por qué la norma penal que amenaza con la sanción no puede tener el efecto esperado y que se encuentra en la recepción del impacto de los males a los que se enfrenta la persona en estado de necesidad. El mal amenazado normativamente (muerte por sentencia judicial) es todavía incierto, mientras que el mal que amenaza en el estado de necesidad (morir ahogado) es por el contrario inminente y cierto. Por este motivo, el miedo ante el primer mal, que es incierto, no puede sobreponerse o preponderar frente al segundo mal, mucho más cierto que el primero<sup>230</sup>. El miedo que genera la evidente e inmediata muerte por ahogamiento no es inferior que la incierta muerte que podría producirse por vía de una sentencia judicial posterior; al contrario, su impacto es mayor y más cercano. En este sentido, se establece un cuestionamiento experiencial, pues al cumplimiento del deber jurídico, a partir del cual se cuestiona también la necesidad de que haya para el hecho una norma penal que conceda la muerte, en conexión con la estrecha indicación sobre la falta de un efecto querido por la norma en un sentido amplio, tal norma penal no solo no tendría ningún efecto psicológico sino que no alcanzaría su fin a causa de su ineficacia, pues su propósito consiste en producir miedo ante la amenaza penal, lo que no sobrepasa el miedo de morir ahogado<sup>231</sup>.

## ii. Norma penal vs. estado de necesidad

---

<sup>229</sup> Küper 1999, p. 14.

<sup>230</sup> Küper 1999, p. 14.

<sup>231</sup> Küper 1999, p. 14.

Es importante anotar que el sentido de la norma penal de la que se habla en las reflexiones kantianas sobre el estado de necesidad, tiene una comprensión diferente al sentido de la norma penal ordinaria en la que se basan gran parte de los recientes impulsos de la doctrina jurídico penal. En ese contexto, el derecho se representa como un imperativo categórico que exige sin condiciones que el castigo judicial llegue a ser impuesto solo porque alguien ha delinquido, pues no se puede usar a alguien como medio para la obtención de otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad civil<sup>232</sup>. Ello se enmarca en las conocidas reflexiones kantianas según las cuales el hombre no puede llegar a ser usado como mero medio a los fines de otro, ni mucho menos llegar a ser vinculado con los asuntos del derecho de cosas.

Para esta forma y grado del castigo debe desprenderse de la calidad categórica del imperativo penal un principio y una referencia que no podría llegar a ser otra que el principio de igualdad: *el principio de retribución*<sup>233</sup>. Solo este principio puede indicar precisamente la cantidad y calidad del castigo; cualquier otro principio sería fluctuante y podría contener consideraciones eclécticas en razón de la falta de adecuación con la *exigencia de pura y estricta justicia*. En este sentido, la norma penal se trata de un imperativo que tiene el significado de un mandato penal legal para el juez y que ordena un castigo penal retributivo sobre el fundamento de la igualdad y la justicia. El imperativo categórico es de esta manera el *imperativo de ejecución de la ley penal*<sup>234</sup> y que vincula al juez a la imposición de un castigo determinado y retributivo.

A falta de esto, en las reflexiones sobre el *estado de necesidad*, Kant incorpora la ley penal en un sentido y con una función muy diferente: ya no como imperativo de ejecución de la ley de imposición judicial (como norma de prohibición) sino como una *ley amenazante e intimidatoria orientada al potencial actual*, cuyo fin consiste en generar temor ante la amenaza penal y que impondría el juez<sup>235</sup>. El juez como destinatario del imperativo categórico, que tiene que imponer sin condiciones el castigo penal regulado, no se coloca más en el debate. El mismo aparece solo y en tanto tengan que tratarse las consecuencias de la impunidad a partir de la ineficacia psicológica<sup>236</sup>. Sin embargo, el castigo compensatorio que

---

<sup>232</sup> Küper 1999, p. 15.

<sup>233</sup> Küper 1999, p. 15.

<sup>234</sup> Küper 1999, p. 16.

<sup>235</sup> Küper 1999, p. 16.

<sup>236</sup> Küper 1999, p. 17.

impone la ley está presente también en las reflexiones kantianas sobre el estado de necesidad en cierto sentido, pero únicamente en la negación de una amenaza penal que prevé un castigo retributivo (pena de muerte).

## 2. Teoría de la equidad

Según la doctrina de Kant, aunque las acciones necesarias no pueden dejar de ser inculpadas, pues contradicen el imperativo categórico, si quedan impunes pues el legislador no puede intervenir contra ellas. Sobre este fundamento se formó la opinión según la cual el autor realiza un hecho antijurídico pero llega a ser exculpado. En términos de Kant, antijurídico llega a ser la orientación de la acción necesaria contra el derecho natural (*antijuridicidad trascendente*), la cual lleva a la ausencia de pena, no a partir de la exculpación desde el punto de vista legal, sino desde el punto de vista de una *coacción irresistible, una falta de determinabilidad*<sup>237</sup>. Sus sucesores eliminaron la construcción del imperativo categórico sobre el plano metafísico y colocaron en lugar de la antijuridicidad trascendente una *antijuridicidad moral*, es decir, una antijuridicidad objetiva en el sentido de una lesión de bienes jurídicos y cubrieron la acción contra la amenaza penal con una causal personal de exclusión de pena<sup>238</sup>. Con ello se modificó la concepción de Kant en un punto esencial y se orientaron al argumento de la equidad a partir de una coacción irresistible. La acción necesaria no puede ser castigada por *motivos de equidad*, pues la ley penal solo puede operar frente a tipos promedio y no puede exigir heroísmo<sup>239</sup>.

Precisamente su orientación a la noción de exculpación y, con ello, la conceptualización moral sobre la liberación de la pena, condujo a sus críticos a señalarla solo como meta jurídica y, por tanto, como una explicación sin fundamento dentro del sistema jurídico. La consideración legal parte del *principio de clausura*, según el cual una acción que no está prohibida por el derecho, es por tal razón permitida y las discusiones sobre exculpación no tienen cabida<sup>240</sup>. El uso de la pena como consecuencia jurídica solamente es posible cuando está prohibida por el derecho. Aquellas excepciones que exculpan una acción antijurídica, no son un reflejo propio del campo de la autonomía moral, pues la introducción de normas

---

<sup>237</sup> Véase *Hold v. Ferneck* Tomo I, p. 312.

<sup>238</sup> *Hold v. Ferneck* Tomo II, p. 43.

<sup>239</sup> *Hold v. Ferneck* Tomo II, p. 44.

<sup>240</sup> *Hold v. Ferneck* Tomo I, p. 306.

morales como excepción a mandatos jurídicos, amenaza la completitud y coherencia del ordenamiento jurídico<sup>241</sup>.

Si alguien actúa contra el derecho bajo la necesidad de salvar la vida, no se hablaría de estado de necesidad sino de inimputabilidad, es decir, se trata de un autor que no tiene la capacidad para comprender que su actuación lesiona los intereses de sus semejantes y para adecuar su actuación a ese entendimiento<sup>242</sup>. Esto no fue considerado por la teoría de la equidad, pues la misma habla, no subjetivamente, sino de una pura inculpabilidad objetiva. Asimismo, se señaló que la teoría de la equidad fue insuficiente para explicar otros casos que pueden conducir a eximir de pena sobre el fundamento de una acción necesaria. Otros bienes jurídicos como la libertad, el honor o el patrimonio podrían justificar también la protección jurídica contra peligros<sup>243</sup>. Por estas razones se consideró insostenible la teoría de la equidad, pues la cantidad de enfoques a la que la misma daba lugar no permitían una unidad de criterios, por lo que resultaba imposible aclarar la capacidad de determinación de quien actúa en estado de necesidad<sup>244</sup>.

### 3. La exención de toda legislación (*Fichte*)

En la doctrina fichteana del derecho, la *consciencia humana* es en sí misma suficiente fundamento para la experiencia. Fichte establece que la auto-consciencia es un fenómeno social, es decir, él afirma que aunque su existencia depende de los objetos del mundo externo, sin embargo, la mera percepción de estos objetos externos depende de la auto-consciencia<sup>245</sup>. La solución de esta paradoja, para Fichte, es que un ser racional adquiere su consciencia plenamente cuando es “evocado” como consciente por otro ser racional fuera de él mismo, a causa de esta necesidad de relación con otros seres racionales para la consecución de la consciencia. Por ello, las relaciones jurídicas son relaciones en las que hay un *mutuo reconocimiento de racionalidad* por ambas partes. En ese sentido, las situaciones en estado de necesidad no involucran seres racionales, ni representan reconocimientos de racionalidad. Para Fichte, la colisión en el estado de necesidad es aquella en la que dos entes libres, por medio de una pura casualidad natural, llegan a la situación en la que uno de los dos se puede

---

<sup>241</sup> *Hold v. Ferneck* Tomo I, p. 306.

<sup>242</sup> *Hold v. Ferneck* Tomo II, p. 44.

<sup>243</sup> *Hold v. Ferneck* Tomo II, p. 45.

<sup>244</sup> *Hold v. Ferneck* Tomo II, p. 46.

<sup>245</sup> *Fichte* Tomo I, p. 3 ss.

salvar solo por medio del perecimiento del otro<sup>246</sup>. En estos casos, el ordenamiento jurídico *suspende sus reglas* (mandatos y prohibiciones) dejando la resolución de las situaciones en estado de necesidad en manos de la conciencia del sujeto. Cuando desaparece la posibilidad de la coexistencia, se ausenta también la pregunta por los derechos<sup>247</sup>.

Así pues no hay derecho positivo que exija salvar la vida del otro frente a la propia conservación. Este acto no es antijurídico, es decir, no entra en disputa con el derecho positivo del otro<sup>248</sup>. En ese sentido, define Fichte el derecho de necesidad como el derecho a considerarse totalmente *exento de toda legislación*. La decisión de salvarse cae bajo una arbitrariedad, la cual no es determinada por el derecho, y se coloca bajo la moral como una legislación superior<sup>249</sup>. Luego de la ejecución de la autoayuda, ya sea a causa de un ataque o una casualidad, se considera culpable quién la ejercita y debe colocarse como responsable frente al Estado. De manera que una acción lesiva, jurídicamente prohibida, continua siendo contradictoria del orden jurídico mientras el derecho no determine admitirla de manera general o excepcional<sup>250</sup>. Según Fichte, dentro del ordenamiento jurídico no se puede dar ninguna situación sin regulación legal, es decir, no se puede plantear una excepción desde el ordenamiento mismo. Las doctrinas posteriores a Fichte, si bien con otras formulaciones, no abandonaron la línea de explicación subjetiva según la cual la acción en estado de necesidad se da fuera del derecho<sup>251</sup>. Solo la doctrina de la coacción compulsiva de *Feuerbach* dio un paso más adelante en la definición del fundamento del derecho de necesidad.

#### **4. La teoría de la coacción (*Feuerbach*)**

En las situaciones de necesidad, consideró Feuerbach que la persona se encontraba en un estado en el que se *suprime la posible vigencia de la norma penal* ante el desespero y para ello la culpa, como razón subjetiva general de sanción penal, puede ser excluida junto con la imputabilidad. En este enfoque tuvo gran influencia la doctrina Kantiana de la ineficacia psicológica de la amenaza penal en los eventos en los que la acción se exterioriza impulsada por razones de necesidad y de la que se sigue la ausencia de sanción en los casos de

---

<sup>246</sup> *Fichte* Tomo II, p. 85.

<sup>247</sup> *Fichte*, p. 86.

<sup>248</sup> *Fichte*, p. 86.

<sup>249</sup> *Fichte*, p. 87.

<sup>250</sup> *Fichte*, p. 87.

<sup>251</sup> *Janka* p. 93 con otras referencias.

autoconservación por medio de la violencia. Esta es la situación cuando el hecho ha sido ejecutado como único medio de salvación ante un peligro actual e inminente para la vida u otro bien personal e irremplazable. Según Feuerbach, es inimputable:

“el estado no culpable de la persona en que, incluso con consciencia de la ley penal, estuviere anulado el posible efecto de la misma sobre el impulso. Este es el caso: I) en que el hecho haya sido cometido en estado de tribulación presente para el que la resistencia humana no estuviere normalmente desarrollada, siendo el único medio de alejarlo, o II) en un peligro actual e inminente para la vida o para otro bien personal e irremplazable, como único medio de salvación, sea que la persona se encuentre en este peligro por mero accidente o por la coerción antijurídica de otro (amenazas de hecho, *vis compulsiva*)”<sup>252</sup>.

El estado de necesidad *cancela la conformidad del arbitrio a las leyes penales*, razón por la que la punibilidad no tendrá lugar ya que la posibilidad de que una persona realice dicha adecuación no existe en el estado de necesidad. Dos condiciones se prevén en la doctrina de Feuerbach sobre la determinación del arbitrio, para que la conducta se considere no conforme a las leyes penales: Por un lado, que el arbitrio haya cancelado la posibilidad de una voluntad ilícita en relación inmediata con el hecho antijurídico y, por otra parte, que el mismo estado excluyente de la imputación inmediata no tenga por causa una voluntad ilícita<sup>253</sup>. En el estado de necesidad, la influencia de la ley penal para la evitación del hecho es imposible y por ello se excluye la punibilidad cuando la persona fue llevada al hecho por medio de un mal cierto y actual, que es casi igual o el mismo mal que inflige la pena.

Precisamente fue la idea de la *proporcionalidad de los males* y la manera como se llegan a ponderar por parte de quien ejecuta la conducta, la que resultó ser objeto de críticas. Por un lado, la dimensión del mal que se percibe no siempre es decisiva para determinar el sentido de una acción concreta, más bien se señala que la forma y el grado de impacto con el cual dicho mal inflige a una persona, serían criterios más determinantes para repercutir como estímulos significativos de una acción<sup>254</sup>. Por otro lado, en uno u otro caso, son criterios poco aprehensibles y determinables, tanto a nivel individual como a partir de principios fijos. A lo que se suma que el planteamiento de Feuerbach exigiría no solo una situación en la que el afligido pueda desarrollar una prudente reflexión sobre lo que es una situación favorable o

---

<sup>252</sup> Feuerbach, § 91.

<sup>253</sup> Feuerbach, § 88.

<sup>254</sup> Janka, p. 95.

desfavorable, sino también una exacta valoración de ambos males con un conocimiento exacto de la determinación de pena en la ley penal<sup>255</sup>.

El enfoque de Feuerbach no dio criterios que permitieran responder a la crítica de su indeterminación respecto a la ponderación de males. A pesar de la “libertad de acción” del autor, el ordenamiento jurídico no puede prever ni reclamar, en los casos de estado de necesidad, una extraordinaria fortaleza anímica o un estado espiritual que permita balancear perjuicios, ni mucho menos conocimientos exactos sobre el mal que inflige la ley penal. Al no encontrar eco la teoría de Feuerbach para explicar el fundamento de la exención de pena de quien actúa en estado de necesidad se reactivaron las discusiones, ya no sobre la coacción sino sobre la “*libertad de la voluntad*”<sup>256</sup>. La valoración del proceder en estado de necesidad se impregnó de dicho concepto y se partió de la idea de que ese estado sería inimputable en tanto expresa una falta de libertad de la voluntad. A partir de esta noción se desprendieron diferentes formulaciones que trataban de explicar la ausencia de libertad de las acciones en estado de necesidad. Así se habló de una falta de libertad interna y autodeterminación de la voluntad (*Bauer*<sup>257</sup>); imposibilidad física de abstenerse de la acción a la cual la naturaleza nos insta de manera irresistible (*Salchow*<sup>258</sup>, *Roßhirt*<sup>259</sup>); falta de albedrío interno a causa de inoperancia de la razón sin límites en su actividad (*Jenull*<sup>260</sup>). Estos enfoques compartían el principio de que las acciones cometidas en estado de necesidad no deben ser sancionadas pues falta la libre determinación y en consecuencia la exigida capacidad de imputación del autor<sup>261</sup>.

#### **a. Las acciones mixtas (*Filangieri*)**

En los movimientos alternativos entre coacción y libertad del arbitrio se puede encontrar en *Filangieri* un *enfoque ecléctico*, según el cual acciones involuntarias no pueden llegar a ser imputadas, ya que la violencia excluye la libertad de acción y se constituye en el impulso de una fuerza externa que desestima la renuencia de nuestra voluntad e impele en su dirección<sup>262</sup>. Sin embargo, hay ciertas acciones que de cierta forma se derivan al mismo tiempo de la

---

<sup>255</sup> *Janka*, p. 95.

<sup>256</sup> *Janka*, p. 97.

<sup>257</sup> *Bauer*, § 121.

<sup>258</sup> *Salchow*, §§ 72-79.

<sup>259</sup> *Roßhirt*, §§ 25, 26.

<sup>260</sup> *Jenull*, p. 98

<sup>261</sup> Para más referencias sobre la teoría de la libre acción volitiva véase *Janka* p. 98 s.

<sup>262</sup> *Filangieri*, p. 253 ss.

violencia y la voluntad. A ese tipo de acciones las llamó Filangieri *acciones mixtas*, como una categoría a la que pertenecen la urgencia y la coacción psicológica. Esta concepción ecléctica presentaba un punto de partida ambiguo en el cual el hombre realiza sus elecciones. Ese escenario, en los casos de estado de necesidad, siempre estará constituido por dos males, uno de los cuales orientará su decisión, pero la elección depende de su voluntad en tanto no existe un *tirano de la libertad* que la determine o condicione completamente<sup>263</sup>. Para Filangieri, la sola voluntad podría sostener a alguien distante del mal, siempre que una necesidad no lo hubiere forzado al mismo, ya que el juicio de la moral no puede exigir que los humanos cumplan a cabalidad la ley; es decir, no pueden llegar a ser castigados aquellos que no poseen la fortaleza espiritual que se prevé en la fuerza de voluntad que fundamenta el cumplimiento en derecho<sup>264</sup>.

Como problemática y poco clara se calificó la *relación entre coacción y libertad*. En el estado de necesidad no se sabe si la conducta es una acción libre y, a pesar de ello, inimputable o si se trata de una autodeterminación en parte coaccionada<sup>265</sup>. Frente a tal cuestionamiento se argumentó que en los casos de coacción compulsiva existe alguna libertad entre ambos males, lo cual puede ser suficiente o no dependiendo ello del grado de imputación - punibilidad<sup>266</sup>. Según los representantes de este enfoque, las posibilidades de imputación requieren específicas condiciones por lo que en las acciones en estado de necesidad en las que se perjudique cierto grado de libertad de autodeterminación sería difícil deducir dolo completo. Sin embargo, estos planteamientos abordaron de manera indeterminada los supuestos que respaldan la exención de pena subjetivamente, es decir, la pregunta sobre si la ley penal puede tomar consideraciones determinadas sobre la debilidad de la naturaleza humana y sobre si y de qué manera la noción *heroísmo* puede ser constatada como fenómeno que fundamenta el desenlace de una acción en estado de necesidad y, más importante aún, cómo puede ser introducida esta noción en el marco de la doctrina de la imputación. En este sentido, la doctrina ecléctica se consideró insuficiente para responder si existe o no una voluntad libre en

---

<sup>263</sup> Filangieri, p. 254.

<sup>264</sup> Filangieri, p. 255.

<sup>265</sup> Janka p. 102 ss. con otras referencias.

<sup>266</sup> Janka, p. 102.

los casos de estado de necesidad y si podría derivarse la impunidad por la falta de libertad a partir de la inimputabilidad del autor<sup>267</sup>.

### **b. La inimputabilidad (Geyer)**

Al contrario de una posición ecléctica, Geyer reprodujo la idea según la cual en el estado de necesidad debe ser vista la *acción coactiva compulsiva*. El fundamento de la punibilidad desde el punto de vista subjetivo es la imputabilidad. Sin embargo, desde su perspectiva el fundamento de la punibilidad se concentra en determinar si el hecho fue llevado a cabo a partir del “yo” del autor, pues en el caso contrario no se puede hablar de imputabilidad y tampoco de sanción penal<sup>268</sup>. La determinación del yo por medio de la incorporación de la voluntad sería para Geyer el fundamento que permite orientar la actuación humana a partir de la comprensión sobre la ilicitud de un hecho. Asimismo, la necesidad como también la amenaza son factores que repercuten síquicamente con tal poder sobre el autor, que él no puede recrear ninguna o solo alguna parte de su voluntad en el yo. Ello determina la punibilidad o no del hecho siempre que se verifique si hubo o no coacción o falta de libertad psíquica previa, es decir, sí y en qué grado el hecho puede ser imputado al autor.

Sin embargo, el enfoque de Geyer recoge una *concepción antropológica* que no determina con precisión si la idea de hombre que supone, con todos los deseos que conmueven sus sentidos, posee la *capacidad de dominarse a sí mismo*; es decir, si tiene capacidad total de controlar los impulsos productos de su propio carácter. Asimismo, se cuestiona la ausencia de criterios para establecer en qué grado se debe determinar la imputación del hecho, pues es indeterminada la cuestión de cómo medir la cualidad de la voluntad y sobre ese fundamento como determinar el grado de culpa de quien actúa en estado de necesidad<sup>269</sup>.

Este tipo de fundamentaciones positivas, que confirieron no ya a la coacción sino a la libertad del arbitrio la capacidad de orientar el actuar en estado de necesidad, también condujeron a un resultado negativo como teorías para la explicación de la exención de pena en estado de necesidad. Por un lado, dejaron en claro que la ilegalidad subjetiva de la acción fundamenta la imputación penal y, también, que el peligro que se afronta en los estados de necesidad, bajo

---

<sup>267</sup> Janka, p. 105.

<sup>268</sup> Geyer p. 5.

<sup>269</sup> Janka p. 113 ss.

ciertas circunstancias, puede fundamentar la inimputabilidad. Sin embargo, su generalización descuidó la idea de que la afectación de los momentos de conciencia no es siempre necesaria, ya que un autor puede actuar frente al peligro con un sentido parcial y una visión inalterada, razón por la que quien ejecuta el hecho no dejaría de ser imputable, sin que se llegue a considerar la calidad de su voluntad o la capacidad del factor coactivo. En ese sentido, la coacción psicológica fue insuficiente como teoría y se llegó a otros caminos para determinar la impunidad de las lesiones en estado de necesidad.

## **V. El estado de necesidad como causal de exclusión objetiva de punibilidad**

### **1. La doctrina del estado de necesidad en la filosofía hegeliana**

#### **a. El derecho y las etapas del conflicto en estado de necesidad**

Para Hegel, el derecho tomó como “punto de partida la voluntad, que es libre de tal modo que la libertad constituye su sustancia y determinación, y el sistema del derecho es el reino de la libertad realizada; el mundo del espíritu producido a partir de él mismo como segunda naturaleza”<sup>270</sup>. En ese sentido, el derecho en Hegel se visibiliza como la *existencia de la voluntad libre*, la cual parte de ser una voluntad subjetiva. La libertad juega un rol fundamental para la voluntad pues la misma llega a ser definida y delimitada a partir de aquella; es decir, “la libertad constituye su sustancia y determinación”<sup>271</sup>. La voluntad, que es libertad, no encuentra su realización adecuada en el estado de necesidad debido a que en el mismo entran en conflicto dos momentos opuestos: el derecho abstracto y la voluntad particular.

Hegel delimita el derecho abstracto como una manifestación y realización de la voluntad racional libre y universal. El concepto fundamental del derecho abstracto es primero la persona y la personalidad de la voluntad<sup>272</sup>. “Como condiciones necesarias para cualquier clase de derechos”<sup>273</sup>; solo a una persona le corresponden los derechos como manifestación de la libertad. El derecho, en tanto una esfera de la que se desprende el reconocimiento como persona, le otorga a cada individuo una esfera de realidad propia, más allá de lo subjetivo o

---

<sup>270</sup> Hegel, § 4.

<sup>271</sup> Hegel, § 4.

<sup>272</sup> Hegel, § 39.

<sup>273</sup> Hegel, § 40.

particular, desde donde es posible autodeterminarse. Esta *orientación sobre los límites del derecho*, es decir, de las normas válidas, es lo que permite que alguien sea reconocido como persona por la comunidad y respetado como tal<sup>274</sup>. Sobre la base del tratamiento recíproco como personas, es decir, como seres que se orientan según los parámetros normativos válidos, se desprende la posibilidad del mantenimiento y conservación de las relaciones interpersonales.

Este derecho estricto o abstracto está sujeto a la negación dialéctica. A la voluntad formal general del derecho abstracto se enfrenta la voluntad particular, que se refleja desde la existencia externa en sí<sup>275</sup> y por este motivo no es infinito en sí sino para sí<sup>276</sup>. Esto determina la persona como sujeto. La subjetividad y sus formas exteriores tienen, según medida de la idea del derecho, necesariamente una forma normativa propia, un propio derecho. Correspondientemente el individuo tiene que hacer del *derecho de su bienestar – su bienestar moral y psíquico* – su propósito. La relevancia fundamental de un derecho sobre su propio bienestar tiene también repercusiones en el campo del estado de necesidad. La voluntad particular puede exigir legítimamente que sea reconocida como legítima en su necesidad. Si alguno padece limitaciones o es amenazado por un mal que dificulta el transcurrir conforme el derecho o lo excluye, entonces afecta potencialmente los derechos y el bienestar.

#### **b. El derecho de necesidad como cierre de la colisión entre derecho abstracto y bienestar (Hegel/Köstlin)**

Los vacíos dejados por la doctrina basada en los postulados de Kant y Feuerbach en lo referente a su fundamentación y la colocación dogmática de sus predicados alentó una reacción que tuvo como presupuesto la concepción filosófica Hegeliana. En contraposición a los enfoques subjetivos, Hegel pronunció por primera vez la posibilidad de un efecto justificante objetivo del estado de necesidad desarrollado en la colisión vida - propiedad. Planteó la explicación de la exención de pena en los casos de estado de necesidad, no ya desde el sentido de la conducta o la voluntad sino, al contrario, desde un punto de vista objetivo, es decir, como *colisión de derechos*. La existencia personal adquiere un efectivo derecho de necesidad en aquellas situaciones en las que enfrenta un peligro definitivo; es

---

<sup>274</sup> Hegel, § 36.

<sup>275</sup> Hegel, § 33.

<sup>276</sup> Hegel, § 105.

decir, que cuestiona la continuidad de la vida, también, en la colisión con la propiedad jurídica de otro, pues se da por un lado, la irreparable lesión de la existencia y con ello la total ausencia o privación de derechos y, por otro lado, la lesión de una limitada existencia de la libertad<sup>277</sup>.

Esta formulación contiene los fundamentos de la *teoría de la ponderación de bienes* y el reconocimiento de una facultad en estado de necesidad basada en el aseguramiento del valor más alto. Este planteamiento tenía dos presupuestos: por un lado, considera el estado de necesidad, en tanto exento de pena, como un derecho de necesidad. Por otra parte, la colisión de bienes que supone la vertiente subjetiva del estado de necesidad (vida contra vida) se amplía a cualquier clase de bienes de igual valor. Pero también en la colisión de bienes de diferente valor se limita el derecho de necesidad en una forma arbitraria. Sobre esos presupuestos, define Hegel el *derecho de necesidad* como aquel que se tiene para intervenir en una propiedad ajena para la salvación de la vida<sup>278</sup>. Otro tipo de colisiones quedan excluidas en su doctrina. La diferencia de su enfoque con el antiguo hurto famélico radica en que no se trata solo del hurto sino que cualquier lesión a la propiedad queda justificada por necesidad o urgencia.

La teoría de Hegel encontró acogida en la ciencia penal, como lo constata Abegg<sup>279</sup>, Marezoll<sup>280</sup> y sobre todo Köstlin<sup>281</sup>. Este último consideró, continuando la concepción Hegeliana de existencia, que el bienestar individual, como la totalidad de los propósitos de la voluntad, sitúa como el bien más preciado a la vida. La misma a su vez se consagra como el derecho más importante de las personas. De esta manera, aunque el bien de la voluntad particular solo es un derecho dentro de los límites del derecho formal, una colisión de derecho puede darse bajo las condiciones de un *derecho autónomo*, es decir, puede llegar a ser un *derecho de necesidad*<sup>282</sup>. Este es el caso de la colisión entre la propia vida y el derecho de propiedad de otro. En esta situación se coloca la totalidad del bienestar, así como el derecho de la personalidad, la existencia de la personalidad y la capacidad jurídica frente a un limitado bienestar, un puro derecho individual. Por ello puede el primero conservarse a costa del

---

<sup>277</sup> Hegel, § 127.

<sup>278</sup> Hegel, § 127.

<sup>279</sup> Abegg, § 107 ss.

<sup>280</sup> Marezoll, § 26.

<sup>281</sup> Köstlin, 1845 § 154.

<sup>282</sup> Köstlin, 1855 § 37.

segundo. Ello hace parte de sus derechos, pues el derecho subordinado es injustificado al frente del absoluto. A este tipo de derecho de necesidad limitado pertenecen todas las colisiones, especialmente las de bienes de igual valor, pero desde el punto de vista del estado de necesidad no entra en consideración la falta de punibilidad; sino que se llega a otra consideración a la manera de falta de consciencia o *vis absoluta*, es decir, solo existe una causal de *atenuación de la pena*<sup>283</sup>.

Dentro de la noción de derecho de necesidad, se ha visto como problemático la desigualdad de trato que reciben ciertas lesiones a la propiedad que se podría realizar bajo condiciones diferentes a las de la concepción hegeliana. Se crítica el limitado espectro que puede motivar una lesión a la propiedad, pues mientras las lesiones a una considerable extensión, bajo las condiciones colocadas a la propiedad, se consideran justificadas y exentas de sanción, las más pequeñas y simples lesiones de otro tipo (insignificantes daños corporales o limitaciones a la libertad) llegan a ser consideradas como punibles<sup>284</sup>. La consecuencia de este enfoque sería, por un lado, que solo donde la totalidad, la vida, se coloca al frente del individuo, es decir, de un derecho particular, sin diferencia de otra naturaleza, podría entrar en vigencia la justificación de la acción lesiva a partir del derecho de necesidad<sup>285</sup>. Por otra parte, se plantea una consecuente utilidad relativa del principio según el cual el derecho de necesidad solo existe cuando la vida misma colisiona con un derecho particular como la propiedad. Aquí entra la propiedad como una limitación o condición para la entrada en vigencia del derecho de necesidad, pero no existe la certeza sobre si la premisa Hegeliana justifica la limitación del derecho de necesidad en los casos de la vida contra vida.

Adicionalmente, las *críticas* a esta teoría se plantean en cuatro aspectos<sup>286</sup>: primero, se señala a la misma de ser *materialmente incorrecta* y de ser irrealizable en la práctica. Ello debido a que el estado de necesidad no es esencialmente un caso de colisión de derechos y, además, recoge cierta desorientación criminalística en tanto que concentra toda la problemática sobre el aspecto objetivo del tipo penal, sin consideración del aspecto subjetivo. Segundo, se la califica de *superficial y poco clara*, ya que no tiene la capacidad de explicar los casos de estado de necesidad como doctrina general, pues la teoría no logra aplicar el principio de la

---

<sup>283</sup> Köstlin, § 61.

<sup>284</sup> Janka, p. 143.

<sup>285</sup> Janka, p. 144.

<sup>286</sup> Véase *in extenso* Hold v. Ferneck Tomo II, p. 44 ss. con más referencias.

ponderación de bienes a los casos donde entran en conflicto otros bienes jurídicos. Tercero, se afirma que es una teoría *dudosa metodológicamente*, pues no se conoce de donde proviene la norma de colisión y tampoco se sabe con cual derecho se rotula la situación de interés predominante. Cuarto y último, se dice que la teoría contiene una *falsa construcción* “*derecho contra derecho*”, pues es una fórmula imprecisa ya que puede significar “interés contra interés” o “derecho contra injusto”.

## 2. Las acciones en estado de necesidad como no criminales (*Luden*)

La primera variante a la formulación hegeliana la hizo Luden<sup>287</sup>. Su enfoque estuvo orientado a determinar el carácter no punible de las acciones necesarias. Para Luden, el estado de necesidad es un caso de colisión entre la propia conservación y la comisión de una acción prohibida, es decir, autoconservación frente a una acción contraria a un mandato normativo<sup>288</sup>. El derecho del estado de necesidad consiste en que en ese caso (autoconservación) se puede actuar contra la norma sin ser sancionado. La *acción en estado de necesidad* está exenta de pena porque es una acción *sin determinación criminal de la voluntad*. Al contrario, una determinación criminal de la voluntad es aquella voluntad de ejecutar una acción prohibida por el derecho objetivo. Este tipo de acciones se justificarían, según Luden, bajo la condición de que la lesión sea el único medio para conservarse ileso<sup>289</sup>. Este sería el caso respecto de su naturaleza según los *derechos irremplazables* como la integridad física o la vida. En ese sentido, según Luden, se comprendería que la acción en estado de necesidad no es criminal pues es un único medio para conservarse ileso; sin embargo, la misma sería por lo menos un injusto civil<sup>290</sup>. Sin lugar a dudas, el derecho subjetivo asegura la integridad de la existencia jurídica, pero solo dentro de los límites del derecho, es decir, no se puede padecer un injusto pero tampoco se puede interferir en los derechos de otro.

Criticado fue el uso de la noción de derechos reemplazables, es decir, la posibilidad contemplada por Luden a partir de la cual se incorpora cierto grado de reemplazabilidad de los derechos para fundamentar la justificación de las acciones necesarias<sup>291</sup>. Específicamente se señaló que la idea de autoconservación no depende del grado de remplazo de un derecho,

---

<sup>287</sup> Luden, 1847 § 46.

<sup>288</sup> Luden, 1847 p. 304.

<sup>289</sup> Luden, p. 305.

<sup>290</sup> Luden, p. 306.

<sup>291</sup> Levita, p. 216 ss.

sino de los diferentes riesgos que puede correr la vida en su cotidianidad, pero no de la naturaleza del derecho en cuestión<sup>292</sup>.

La formulación de Luden, según los críticos, encierra una contradicción respecto de la idea de que una acción antijurídica es realizada en derecho cuando se trata de estado de necesidad. Objetivamente quien ejecuta la acción para su propia autoconservación también entraría a cuestionar la existencia de otro, es decir, la vida como derecho irremplazable, lo que le otorgaría a este último a la vez un derecho de necesidad. Es decir, sería una situación idéntica tanto para el atacante como para el atacado, lo que desencadenaría la lucha “derecho contra derecho”, por lo tanto no se concreta en una acción particular el fundamento de la permisión propia del derecho de necesidad y, con ello, el sustento de la exención de pena queda en entre dicho<sup>293</sup>.

#### **a. El enfoque de *Baumeister* y *Marquardsen***

Baumeister desarrolla un enfoque disidente al de Hegel en lo relativo al estado de necesidad, pues si bien continúa con el presupuesto de la discusión moral, partió no ya del derecho de necesidad como condición para la sostenibilidad del derecho, sino que planteo la impunidad de la acción necesaria como fundamento de la conservación de la moral<sup>294</sup>. Es decir, se adentra en la necesidad de permanencia o *continuidad de la moral* como razón que explica la falta de sanción penal en los casos de estado de necesidad. Según Baumeister, el derecho, como mandato de la razón, no puede entrar en contradicción con las exigencias de la misma. Si la moral no llega a ser atendida como mandato, sus prescripciones no pueden vincularse a otras declaraciones de la razón como sería el derecho. Por esa razón deben justificarse las acciones para la autoconservación, pues esta última es para Baumeister un mandato moral general, ya que permite la continuidad de la *autonomía de la personalidad*, que a su vez se contempla como una obligación moral general y una condición de la realización de toda la moralidad<sup>295</sup>. Esta argumentación conduce de una *manera indirecta* al derecho de necesidad y plantea la necesidad de su propia corrección, pues según dicho

---

<sup>292</sup> *Janka*, p. 154.

<sup>293</sup> *Merkel*, p. 10 ss.

<sup>294</sup> *Baumeister*, p. 87 ss.

<sup>295</sup> *Baumeister*, p. 88.

postulado moral, la prohibición jurídica de no lesionar a nadie no puede sostenerse de manera absoluta o como mandato generalizado.

En ese sentido, la consecuencia de su enfoque recoge una especial contradicción, pues el lado objetivo de la culpa jurídica. Es decir, la lesión antijurídica siempre existirá, razón por la cual la causa de exención de pena debe ser hallada bajo otro presupuesto, pero no bajo la idea de autoconservación como mandato moral, pues la misma se justificaría por el lado pasivo y activo de los vinculados en la colisión vida contra vida. En ese sentido el enfoque se contradice por medio de la contemplación de la relación entre derecho y moral. La contradicción consiste en que la propia conservación como fundamento de la realización de la moralidad, a la vez, es una imposibilidad de la misma por medio de la lesión a la integridad de otro en casos de estado de necesidad. Este mismo punto de vista representó Marquardsen<sup>296</sup>, con la diferencia de que propuso una *comprensión más estricta* del concepto de autoconservación y abarca el mismo solo en los casos de peligro para la vida, en los cuales se pone en juego aquella esfera de la individualidad que al Estado no le está permitido castigar. A este enfoque se dirigieron las mismas críticas de Baumeister, pues no desarrolló un fundamento riguroso que permitiera solucionar la contradicción que encierra la defensa de la integridad en las disputas que desencadena una acción en estado de necesidad.

#### **b. La teoría cualitativa de Hälschner**

El planteamiento de Hälschner distingue entre estado de necesidad y derecho de necesidad, pues aquel es una colisión de derechos. La colisión en estado de necesidad tiene para Hälschner un significado jurídico pero desde otro punto de vista, pues se trata del conflicto del derecho formal con el *bienestar humano*<sup>297</sup>. Para Hälschner, el derecho es la forma moral de la vida humana en comunidad, en la cual debe realizarse el bienestar humano. El conflicto entre derecho penal y bienestar ocasionado en razón de un estado de necesidad, solo puede ser solucionado por medio de una lesión del último, el cual asimismo debe reconocer dicha situación como una exigencia de justicia. Según Hälschner, los *requisitos de exención* de la pena serían: 1) que la lesión jurídica sea el único medio para la conservación del otro derecho y 2) que el derecho a conservar sea cualitativamente de mayor valor que el sacrificado o, en los casos de igual calidad de bienes, cuantitativamente más extenso u amplio o, por lo menos,

---

<sup>296</sup> Marquardsen, p. 401 ss.

<sup>297</sup> Hälschner, p. 271.

cuantitativa y cuantitativamente de igual valor<sup>298</sup>. Bajo estas circunstancias no se habla de un hecho punible, pero si de un injusto civil que debe ser reparado.

Críticas recibió la distinción entre derecho y bienestar humano presentado por Hälschner<sup>299</sup>. Se le califica de desconocer que el bienestar humano es el objetivo del derecho y por lo tanto no podía tomarse como un valor superior al mismo que justifique la lesión del ordenamiento jurídico. Asimismo se señaló que Hälschner se apropió con su enfoque del utilitarismo inglés pues determina la ilegalidad de la acción desde el punto de vista de su utilidad para la sociedad, rechazando el fundamento idealista que recoge la doctrina hegeliana sobre el estado de necesidad<sup>300</sup>.

### **3. Determinación positiva y negativa del derecho de necesidad**

El estado de necesidad en Berner<sup>301</sup> se divide en dos categorías: derecho de necesidad y estado de necesidad exculpante del castigo. Según Berner, sería una gran insensatez sacrificar la vida donde puede llegar a ser conservada por medio de una intervención poco significativa en el derecho. El Estado y la ley no deben sancionar la *insensatez* sino lo *sensato*. Con este soporte, Berner habla de un *derecho de necesidad extendido*, el cual tiene validez frente a cualquier peligro en tanto lleguen a darse las condiciones, es decir, donde un correcto sentido y un sano juicio indiquen que se debe conservar un bien.

Meyer<sup>302</sup> descarta todos los momentos de determinación positiva y ubica la razón de la exención de la pena en la *consideración negativa* de que las acciones cometidas en estado de necesidad fundamentalmente no poseen el mismo alcance para el ordenamiento jurídico. La acción es impune porque se suprimen más o menos todas esas consecuencias que surgirían de la falta de castigo (cesa el objetivo práctico de la pena). En su consideración entra en juego la cuestión de si la liberación de la acción puede coexistir con los propósitos del ordenamiento jurídico, es decir, con los intereses comunes de la totalidad jurídica.

---

<sup>298</sup> Hälschner, p. 271.

<sup>299</sup> Merkel p. 10 ss.

<sup>300</sup> v. Weber p. 2

<sup>301</sup> Berner p. 146 ss.

<sup>302</sup> Meyer p. 256 ss.

## B. Enfoques monistas y dualistas sobre el estado de necesidad

### I. Las teorías unitarias

La teoría unitaria o de la unidad recoge un *principio de resolución disyuntivo* según el cual el estado de necesidad sería una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad, sin incorporar la posibilidad de distinción dentro de la constelación de casos, es decir, sin considerar ninguna divergencia en la naturaleza jurídica de las acciones cometidas en estado de necesidad, ubicándolas en un único escenario de discusión: *ya a nivel de antijuridicidad o de la culpabilidad*. Esta aspiración solo fue posible cuando la sistemática del hecho punible conoció la división entre antijuridicidad y culpabilidad<sup>303</sup> y partió de adherir a una noción unitaria de estado de necesidad, un principio de explicación por medio del cual se subsumían todas las variantes de acciones en estado de necesidad ya como causales de exclusión del injusto o de la culpa<sup>304</sup>. Este enfoque se califica como el primer intento teórico en la sistemática del hecho punible que extiende un puente entre las concepciones iusfilosóficas subjetivas y objetivas que pretenden explicar el porqué de la exención de la pena en los casos de estado de necesidad; es decir, procura un complemento conciliador de estas concepciones con las valoraciones dogmático-penales del estado de necesidad<sup>305</sup>.

Asimismo, dentro de la doctrina unitaria sobre la ubicación del estado de necesidad como excluyente de pena, tuvo lugar una bipartición de los enfoques que correspondían en su justificación a las *concepciones subjetivas y objetivas*<sup>306</sup>. La controversia sobre la interpretación y ubicación sistemática del derecho vigente sobre el estado de necesidad, promovió un espectro de teorías que hasta los años 30 generaron gran confusión en la materia y llegó a ser calificada como un callejón sin salida o una guerra de todos contra todos<sup>307</sup>. Los responsables de ello fueron los esfuerzos dogmáticos que intentaban abarcar tales casos de estado de necesidad con un principio monista (teoría unitaria). En sus concepciones, el mismo fue justificado siguiendo, en su vertiente subjetiva, la *situación espiritual del autor* y, en su

---

<sup>303</sup> Así Küper JuS 1987, p. 83. Sobre la respectiva evolución dogmática entre antijuridicidad y culpabilidad, véase Maurach/Zipf, p. 168 s., 322 s.

<sup>304</sup> Küper en Erler/Kaufmann/Stammler (eds.), p. 1070.

<sup>305</sup> Henkel, p. 6; Siegert, p. 22.

<sup>306</sup> Así Henkel, p. 7, quien plantea dicha clasificación sobre el presupuesto de la interpretación de la normatividad relativa al estado de necesidad.

<sup>307</sup> Así Küper JuS 1987, p. 83; Henkel, p. 27; Roxin, § 16 nm. 1.

perfil objetivo, en parte un *conflicto objetivo de bienes e intereses* (teoría de la colisión)<sup>308</sup>, a partir de los cuales se comprimió la discusión sobre la naturaleza jurídica del estado de necesidad y sobre su ubicación en la sistemática del hecho punible, pero de las que se desprendieron muchas variantes intermedias que intentaban ya no una justificación subjetiva u objetiva, sino más bien la consolidación absoluta del principio monista<sup>309</sup>.

Por largo tiempo dominó la idea de que el estado de necesidad solo era un problema de justificación o exclusión del injusto. Por un lado, se encontraban las teorías que contemplaban las regulaciones sobre el estado de necesidad desde el punto de vista de una situación de coacción irresistible, recogiendo en parte en sus fundamentos los preceptos básicos de la teoría de la coacción de *Feuerbach*. Por el otro lado, fuera de la *perspectiva subjetiva*, se encuentra un *perfil objetivo* de la doctrina unitaria, según el cual en los casos legalmente reconocidos de estado de necesidad se da una exclusión de la antijuridicidad por medio del ejercicio de un derecho de necesidad en el sentido de un derecho subjetivo o facultad de actuar. Este último enfoque recoge a su vez diferentes matices, así por ejemplo *Binding*<sup>310</sup> habló de una justificación sin derecho de necesidad propio, *Hold v. Ferneck*<sup>311</sup> aludió al levantamiento de la prohibición a causa de un conflicto subjetivo de los motivos, *Stammler*<sup>312</sup> postuló la limitación del estado de necesidad penal sobre la salvación del interés de más alto valor sin reconocimiento de otra liberación de la pena y *v. Hippel*<sup>313</sup> se inclinó por el desarrollo de una máxima especial de justificación del aseguramiento relativo de intereses legítimos. Las discusiones sobre exculpación o justificación en la doctrina unitaria se desarrollaron sobre la base de un marco normativo compuesto fundamentalmente por los §§ 52 y 54 del StGB de 1871, a los que se sumaron los §§ 228 y 904 del BGB. Estos preceptos constituyeron el presupuesto jurídico a partir del cual se desarrolló, inicialmente, la doctrina unitaria con su distinción disyuntiva, pero posteriormente, también el enfoque diferenciador con la distinción complementaria dentro de la constelación de casos de estado de necesidad.

---

<sup>308</sup> *Hold v. Ferneck* T. II, pp. 43, 46; *Henkel*, p. 6.

<sup>309</sup> *Henkel*, p. 6; *Liszt/Schmidt*, § 34; *in extenso Henkel*, 1927.

<sup>310</sup> *Binding*, p. 763 ss; con otras referencias *Lenckner*, p. 17 nota a pie 40 y *Siegert*, p. 32 s. con nota a pie 3.

<sup>311</sup> *Hold v. Ferneck* T. II, p. 46 s. quien plantea su enfoque sobre la base de la teoría de la equidad.

<sup>312</sup> *Stammler*, p. 74 ss. En similar sentido *Henkel*, p. 11 s.; *Köhler*, p. 220 ss.

<sup>313</sup> *v. Hippel*, p. 215 ss.; En similar sentido *Oetker*, p. 20 s. Un estado de las críticas en *Henkel*, p. 46 ss.

## 1. Legislación y principios sobre el estado de necesidad

### a. Antecedentes legislativos

Como señala Küper, entre otros, fueron muchos los intentos legislativos para adecuar la doctrina del estado de necesidad al plano de las regulaciones positivas. El marco normativo de las disposiciones sobre el tema creció históricamente y se extendió de manera fragmentaria, especialmente en la legislación del siglo XVIII, donde abordó las situaciones de estado de necesidad de manera incompleta y con diferentes consecuencias. El *allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten* (ALR) de 1794, prescribió un trato indulgente (II 20 § 1115) para los casos de hurto famélico eximiéndolo de pena. Asimismo, consideró la situación espiritual acarreada por el *miedo frente a amenazas* como una situación análoga (II 20 §§ 19 ss.). Este último contenía una determinación limitante para dos formas de aparición: “el miedo por menos daños a la propiedad o por los males que se pudieran seguir como efecto de ello”. En este caso fue inexcusable la imposición dolosa de un daño irreparable (II 20 § 21). En la otra situación, la exención o atenuación de pena fue un asunto que se dejó a la discrecionalidad del juez, el que según el estado de las circunstancias debía decidir, especialmente considerando dos factores relativos al involucrado en el hecho, es decir, el estado de la mente y el cuerpo del autor<sup>314</sup>.

La legislación austriaca del siglo XVIII abordó con más detalle dos factores determinantes para la situación anímica de quien actúa en estado de necesidad: *la coacción y la violencia*. En el CP de 1796 no fue contemplado como delito el hecho que fue generado por medio de *irresistible violencia* (§ 8). También el CP prusiano de 1851 permitió la liberación de la pena solo bajo la condición de que la libre determinación de la voluntad del autor fuera excluida por medio de la *fuerza o la amenaza* (§ 40)<sup>315</sup>. La mayoría de las legislaciones reconocieron algunas situaciones de necesidad<sup>316</sup> y las señalaron como estado de necesidad o como situaciones de peligro de determinada manera<sup>317</sup>. Paralelo al uso de la noción de peligro que se dio en los reglamentos sobre coacción o estado de necesidad, fue asimismo característica la delimitación a *peligros para el cuerpo o la vida*. De igual manera, fue común la restricción

---

<sup>314</sup> Véase Küper en Erler/Kaufmann/Stammler (eds.), pp. 1069; Küper JuS 1987, p. 85.

<sup>315</sup> Küper JuS 1987, p. 169; asimismo v. Liszt, p. 350.

<sup>316</sup> Así por ejemplo Sajonia 1830/1855/1868, Wurtemberg 1839, Braunschweig, Hanover 1840, Hessen 1841, Baden 1845, Turingia 1850, Baviera 1861 y Hamburgo 1869.

<sup>317</sup> Küper en Erler/Kaufmann/Stammler (eds.), p. 1069.

del círculo de personas en peligro, concretándolas en el *autor y sus familiares*. Frecuentemente se concedía un estado de necesidad inculpable y se resaltó expresamente la falta de imputación del hecho al autor<sup>318</sup>. Como representativa de las normas excluyentes de pena, puede mencionarse el hecho concretado típicamente en el *CP de Baden de 1845*, según el cual la imputación de una acción no permitida no tiene lugar según el § 81 cuando el hecho no fue ejecutado por quien actúa en estado de necesidad causado por medio de una culpa propia y punible, para evitar un peligro para su propia vida o sus allegados, actual, urgente y no evitable de otra manera, lo cual fue complementado por el § 82 por medio de una exclusión de imputación en casos de constreñimiento<sup>319</sup>.

#### **b. §§ 52 y 54 del StGB de 1871**

Similar proceder incorporó el *StGB del Deutsche Reich de 1871*. Por un lado, el § 52 estipulaba que no existía acción punible “cuando el autor ha sido coaccionado a realizar la acción por una fuerza irresistible o una amenaza que estaba unida a un peligro actual, no evitable de otra manera para el cuerpo o para la vida de él mismo o de un familiar”<sup>320</sup>. Por otro lado, el § 54 disponía que el hecho no era sancionable “cuando la acción, además del caso de legítima defensa, ha sido cometida en un estado de necesidad no culpable, no evitable de otra manera, para la salvación de un peligro actual, para el cuerpo o la vida del autor o de un familiar”<sup>321</sup>. La diferencia con el StGB de Baden radica en que fue introducido el mero peligro para el cuerpo y la causal sistemática de exención de la pena no fue nombrada (§ 52), además al mismo resultado se llegaba cuando la acción se ejerciera en los casos de legítima defensa (§ 54).

Los §§ 52 y 54 StGB se incorporaron fundamentalmente como *causales de exculpación* y para que pudieran asumir dicho rol necesitaron ser interpretados desde muchos puntos de vista, a los fines de precisar su rendimiento como exculpantes. En cuanto a su aplicación práctica, se llegó a plantear incluso que el § 54 era una disposición que podría abarcar acciones en estado de necesidad que ya estarían justificadas, como en el caso de quien se

---

<sup>318</sup> Küper en Erler/Kaufmann/Stammler (eds.), p. 1069.

<sup>319</sup> Küper en Erler/Kaufmann/Stammler (eds.), p. 1069.

<sup>320</sup> Sobre los elementos del § 52 véase en *M. E. Mayer*, p. 388 ss.; *Mezger*, p. 264 ss.; *LK/Baldus*, § 52 nm. 1 ss.; *Schönke/Schröder*, § 52 nm. 1 ss.

<sup>321</sup> Acerca de los elementos del § 54 véase *v. Liszt*, p. 54 s.; *Mezger*, p. 269 ss.; *LK/Baldus*, § 54 nm. 5 ss.; *Schönke/Schröder*, § 54 nm. 1 ss.

introduce en una cabaña ajena para no morir congelado durante una excursión en las montañas<sup>322</sup>. Respecto a su fundamentación se advierte que las interpretaciones dadas a dichos párrafos incorporaron de manera muy deficiente las concepciones sobre culpabilidad. En efecto, no se pudo desprender de la norma ni la existencia de la citada presión anímica ni una concreta vigencia de la misma, pues la acción punible tiene que ser ejecutada para la *salvación ante un peligro*, lo que descarta la necesidad de introducir más allá de ello un motivo propio y especial<sup>323</sup>. Si el motivo de la acción es la salvación ante un peligro que amenaza la existencia psíquica, entonces sigue siendo fungiendo el peligro como la presión anímica que se coloca detrás del hecho, en este caso por la necesidad de autoconservación. Por esa razón, se presentó el punto de vista contrario como la interpretación correcta, es decir, se advertía que según el texto de la norma hubiera sido suficiente *motivación* que el actor se encontrara en el estado de necesidad allí descrito y actuara para la evitación del peligro. Bajo estas circunstancias, el reproche de culpa era desplazado pues el autor está en una situación en la que no podría exigírsele otra conducta<sup>324</sup>.

### c. §§ 228 y 904 del Código Civil alemán (BGB)

Los casos de *estado de necesidad justificante* regulados legalmente se encontraban en los §§ 228 (estado de necesidad defensivo) y 904 (estado de necesidad agresivo)<sup>325</sup>. Estos fueron introducidos en el código civil alemán (BGB) de 1896, que entró en vigencia el 01.01.1900. Estos párrafos, en parte expresa e implícitamente, excluyeron la ilegalidad del hecho y se introdujeron como medida de valoración de la *proporcionalidad del daño entre peligro y lesión*. El § 228 permite dañar o destruir una cosa ajena que constituya un peligro, cuando el acto de necesidad es necesario para alejar el peligro y si el daño no es desproporcionado al mismo. El § 904 va aún más lejos, pues permite numerosas actuaciones sobre una cosa ajena (dañar, destruir, usufructuar, etc.) cuando estas son necesarias para evitar un peligro actual y el daño inminente es desproporcionalmente elevado frente al originado por la actuación. Ambas disposiciones hablan solo de la *intervención sobre bienes* (muebles o inmuebles) con la diferencia de que el § 228 habla de una cosa que en sí mismo es la fuente o causa del peligro, mientras que el § 904 se refiere a una cosa neutral sobre la cual es necesario actuar

---

<sup>322</sup> Sería una acción que reuniría todos los requisitos del § 54, pero ya estaría justificada. Así *Lenckner*, p. 10.

<sup>323</sup> Véase Schönke/Schröder, § 59 Anm. 67.

<sup>324</sup> Véase *Lenckner*, p. 10 y nota a pie 22 con otras referencias.

<sup>325</sup> Véase *in extenso Jescheck/Weigend*, p. 381 s.

para evitar un peligro actual. Bajo estos supuestos se *excluía la antijuridicidad* de la actuación, pero exigían la *ponderación de los bienes jurídicos* en cuestión. Con ellos, la idea de ponderación de intereses fue claramente reflejada<sup>326</sup>. La reglamentación civil, que repercutió en las valoraciones jurídicopenales por medio del principio de unidad del ordenamiento jurídico, no se interpretó como una causal de exculpación motivada psicológicamente<sup>327</sup>, sino que ella incorporó *causales de justificación de objetiva ponderación* (estado de necesidad agresivo y defensivo)<sup>328</sup>.

## 2. El enfoque subjetivo de *M. E. Mayer*

Como único representante de la doctrina unitaria sobre un fundamento subjetivo se nombra a *M. E. Mayer*<sup>329</sup>, quien valoró la totalidad de las prescripciones jurídicas sobre estado de necesidad desde la perspectiva de las regulaciones relativas a *una situación de coacción* en la que se desarrolla la acción necesaria. La fórmula planteada por Meyer intenta abarcar todos los casos posibles de estado de necesidad y según la misma “el que en situación de necesidad lesiona un deber jurídico está libre de penas si, en razón del peligro, la lesión del deber esta exculpada”<sup>330</sup>. Para Mayer, la humanidad convive y en muchos casos se ve enfrentada a las *fuerzas de la naturaleza y a fuerzas técnicamente refrenadas* que tienen la capacidad de *doblegar la fuerza espiritual*, por lo que a veces es imposible impedir una intervención violenta en la esfera jurídica del otro<sup>331</sup>. El surgimiento de la necesidad como figura jurídica se debe exactamente a esos escenarios de violencia, es decir, a agresiones antijurídicas que solo se pueden eliminar por medio de una reacción proporcional. Solo en una semejante “*lucha contra el injusto*” estaría justificada la actuación. En ese sentido, el derecho penal interviene para “determinar dentro de qué límites las lesiones jurídicas se han de considerar como inculpables”<sup>332</sup>. La concreción de ello, según Mayer, se encuentra en los §§ 52 (coacción) y 54 (estado de necesidad), frente a las cuales la fórmula de Mayer se constituye

---

<sup>326</sup> Véase *Graf zu Dohna*, p. 128 s.; *Eb. Schmidt ZStW* 49 (1929), p. 363 s.; *in extenso R. Merkel*.

<sup>327</sup> La excepción a este punto de vista la represento *M. E. Mayer* (véase *infra* 2).

<sup>328</sup> Así *Küper JuS* 1987, p. 85.

<sup>329</sup> *M. E. Mayer*, p. 376 ss.

<sup>330</sup> *M. E. Mayer*, p. 377.

<sup>331</sup> *M. E. Mayer*, p. 376.

<sup>332</sup> *M. E. Mayer*, p. 376.

como un criterio de interpretación para determinar si en un caso, dado el juicio de reprochabilidad por la lesión de un bien jurídico, es aplicable<sup>333</sup>.

El modelo de Mayer subordinó en su concepción unitaria todos los casos cobijados por las regulaciones sobre el estado de necesidad. Desde el punto de vista de la *coacción irresistible*, los casos de estado de necesidad se tratarían como *causales de exculpación*, no solo en el marco de las regulaciones del StGB, sino también las del BGB. Para Mayer, no se debió negar “que el que actúa defiende sus bienes a costa de los intereses ajenos jurídicamente tutelados, es decir, que lleva a cabo una lesión del derecho. Si hay discusión al respecto es porque no se quiere ver que un derecho subjetivo de exculpación por la lesión de un bien jurídico es una cosa distinta a un derecho subjetivo, a una violación de bienes jurídicos”<sup>334</sup>. Asimismo, se concibe en el BGB un derecho a la exculpación pues del §§ 228 y 904 se infiere que un tercero está autorizado a llevar a cabo la acción, por lo que quedaría excluida la antijuridicidad subjetiva y no la antijuridicidad objetiva<sup>335</sup>.

Si bien para una parte de la opinión fue claro que en los §§ 52 y 54 existía una causa de exculpación<sup>336</sup>, controvertida fue la ubicación que hizo Mayer de los §§ 228 y 904 BGB también como razones de exculpación. Mayer concibe la exclusión de la ilegalidad en un sentido subjetivo, es decir, como exclusión de la culpa; sin embargo, su enfoque subjetivo no resultó convincente pues no se ajustaba al sentido de las regulaciones del estado de necesidad en el BGB. Mayer partía de entender que según el § 904 quien enfrenta el peligro tiene la obligación de reparar el daño causado. El *deber de responder por el daño causado*, es decir, de indemnizar los perjuicios, solo se puede desprender de *acciones antijurídicas* aun sin culpa del obligado. Según Mayer, en tanto la acción necesaria no tiene cabida como negocio jurídico, “por ende no se trata de ninguno de los casos en que la ilicitud y el deber de indemnizar los perjuicios se hallan relacionados, tiene que admitirse la antijuridicidad de la acción en situación de necesidad”<sup>337</sup>.

Para los críticos resultaba arbitrario querer negar la posibilidad de una obligación desde una acción legal, pues si la ley vincula en ciertos casos la obligación legal de reparar a actos con

---

<sup>333</sup> M. E. Mayer, p. 378.

<sup>334</sup> M. E. Mayer, p. 380.

<sup>335</sup> M. E. Mayer, p. 381.

<sup>336</sup> Graf zu Dohna, p. 127; Goldschmidt, p. 9; Henkel, p. 7.

<sup>337</sup> M. E. Mayer, p. 383 s.

carácter de negocio jurídico, no se entiende por qué se tiene la misma consideración frente a un acto lícito pero que no es producto de un negocio jurídico. Este punto fue especialmente criticado sobre la base de que en el ordenamiento jurídico alemán ya existían normas de las que se podía desprender esta conclusión (§§ 867, 917, 962 BGB, así como el § 26 GewO), además de reiteradas opiniones jurisprudenciales (RGZ 58, 134)<sup>338</sup>. Sobre este presupuesto no se podrían comprender los daños como ilegales, pues el propietario tenía la obligación de soportar el perjuicio. Se trataba de *acciones legales en propiedad ajena pero que originaban una obligación de reparar*. Para los críticos, Mayer desconoce que el legislador incorporó ponderaciones objetivas en la elaboración de las regulaciones sobre el estado de necesidad y que el fundamento más fuerte en la regulación del § 904 es la ejecución autorizada de intereses preponderantes a cambio de reparación<sup>339</sup>. En ese sentido, el intento de una comprensión unitaria de todos los casos de estado de necesidad bajo la defensa de un punto de vista subjetivo se consideró fracasado.

### 3. El perfil objetivo de la doctrina unitaria

La doctrina unitaria objetiva deja ver una variedad de fundamentos que se distancian unas de otras tanto en los detalles como en los presupuestos de sus interpretaciones. Estos enfoques coinciden en su conclusión según la cual en todos los casos de estado de necesidad reconocidos legalmente se da pie a una exclusión de antijuridicidad; sin embargo, el punto de partida es diferente en muchos enfoques, pues por un lado algunos determinan el derecho de necesidad como un derecho subjetivo y otros plantean la legalidad sin conferir dicho derecho<sup>340</sup>. Asimismo, si bien por ello no hubo lugar para hablar de un sistema cerrado, los representantes de este perfil de la teoría unitaria aplicaron consecuentemente el principio de *ponderación de intereses*<sup>341</sup>. *Stammler*<sup>342</sup> fue el primer doctrinante que pensó una propuesta de interpretación unitaria para todos los casos de estado de necesidad, la cual fue respaldada y continuada por *Köhler*<sup>343</sup>. Según este punto de vista, sobre la base de un principio formal, los casos de estado de necesidad presentan *tres posibilidades de valoración*: 1. Si se da la disputa entre dos bienes jurídicos, uno de mayor valor que otro, y el primero es salvado a costa del

---

<sup>338</sup> Así *Henkel*, p. 9 con más detalles sobre las críticas.

<sup>339</sup> *Henkel*, p. 10.

<sup>340</sup> *Henkel*, p. 10.

<sup>341</sup> *Henkel*, p. 11.

<sup>342</sup> *Stammler*, p. § 10 ss.; *Stammler* 1928, p. § 169.

<sup>343</sup> *Köhler*, p. 220 ss.; Véase *Henkel*, p. 11 y nota a pie 2 con otras referencias.

segundo, entonces el autor actúa legalmente pues ejerce su derecho de necesidad y contra su actuación no se puede ejercer ninguna legítima defensa; 2. Si la disputa ocurre entre dos bienes jurídicos de igual valor se da un conflicto de estado de necesidad contra estado de necesidad. Según Stammler, el conflicto de dos bienes jurídicos de igual valor es acompañado de un consentimiento legal pues se ha confirmado de hecho como el más débil y por lo tanto como el de menor valor<sup>344</sup>; 3. Si en una situación de necesidad un bien menor se salva a costa de uno mayor, no existe en este caso un estado de necesidad y la acción es sancionable.

Esta fue la solución que la doctrina objetiva unitaria ofreció sobre el fundamento de una utilización formal del principio de ponderación de intereses. Sin embargo, ello planteó una *contradicción en las regulaciones válidas del estado de necesidad*. Por un lado, el § 904 BGB, como mayor expresión de la supresión del desvalor de resultado mediante la salvaguardia de un bien de mayor valor<sup>345</sup>, no satisfacía una diferencia de menor valor como presupuesto de la extensión del derecho de necesidad para el actuar y de la obligación de soportar el daño por parte de la persona afectada en su bien. La facultad que se otorga en una situación de necesidad para intervenir en propiedad ajena depende de que el perjuicio que amenaza sea desproporcionalmente grande frente al perjuicio que sufre el propietario por la intervención en su propiedad. La situación con el § 228 no fue muy diferente pues éste exigía que el perjuicio que amenaza al autor no sea desproporcionadamente menor. Con ello, la doctrina del *derecho de necesidad fundada en el principio de ponderación* de intereses fracasaba en su anclaje jurídico por medio de los §§ 228 y 904.

La situación con las *regulaciones penales* no fue diferente, por un lado, porque el § 54 *no involucraba el principio de ponderación de intereses*, es decir, no estimaba expresamente una determinada relación de valores de los bienes jurídicos que se encontraban en medio de una situación de necesidad. Solo se desprendía que el hecho era libre de pena cuando se tratara de salvar el cuerpo o la vida frente a un peligro, con lo cual se manifestaba una tipificación aproximada del principio de ponderación de bienes<sup>346</sup>. Sin embargo, aunque fue una interpretación ampliamente respaldada por la doctrina, la jurisprudencia del *Reichsgericht* (RGSt 61, 249) se manifestó en contra de la misma advirtiendo que el principio de la ponderación de intereses, o mejor, la protección del bien de mayor valor al frente del bien de

---

<sup>344</sup> Stammler, p. 77.

<sup>345</sup> Véase Jeschek/Weigend, p. 383 nota a pie 22 con otras referencias.

<sup>346</sup> Así Sauer, p. 331; También Henkel, p. 12.

menor valor era inaplicable en la ley, pues también era exento de pena quien sacrificaba el bien jurídico ajeno como vida para salvar la propia integridad corporal. Para el Reichsgericht, en la regulación del § 54 era comprensible la idea de que en la ejecución de una acción en estado de necesidad no se suspendía la libre voluntad del actuante por medio del poder de la autoconservación, pero si estaba fuertemente influenciada. El sentido del estado de necesidad según el § 54 está mal juzgado si se trae a colación el principio de ponderación de bienes, pues el mismo lo determina no un punto de vista objetivo sino solo la *idea subjetiva de consideración de la autoconservación*. Esta subestimación fue considerada el principal error de la doctrina unitaria del estado de necesidad<sup>347</sup>.

Sin embargo, a pesar de que se reconocen algunas deficiencias en las valoraciones del sentido del estado de necesidad penal, fue *v. Liszt* el único que reconoció que sería inadmisibles querer limitar el estado de necesidad a aquellos casos en los que se llega a salvar un bien de mayor valor al punto que “para protegerme de un ataque insignificante a mi salud, puedo matar a un tercero que en nada intervino”<sup>348</sup>. Si se quería darle lugar al principio de ponderación de bienes en el § 54 StGB se necesitaba *dividir las prescripciones legales* en dos grupos. Por un lado, el grupo de casos en los que se subordina dicho principio y se acepta el derecho de necesidad. Por otra parte, el grupo en el que no cabía dicho principio y no se otorgaba dicho derecho. Para evadir este segundo grupo, *v. Liszt* se decidió por los casos en los que se otorgaba un derecho de necesidad también en las situaciones en que se salvaba un bien de menor valor a costa de uno mayor. La doctrina considera la fundamentación de esta toma de postura incomprensible y señala que *v. Liszt* ha negado completamente el punto de vista subjetivo que el legislador penal ha introducido con las prescripciones sobre estado de necesidad.

La doctrina unitaria cae en el error de basarse en fundamentos subjetivos u objetivos y desestima el hecho de que existe un expreso tratamiento separado de los casos del estado de necesidad en el BGB y StGB que asimismo dejan ver una distinción interna en ambas formas de estado de necesidad, es decir, ignoraron que el *legislador civil y penal* se han aproximado al tema desde diferentes puntos de vista<sup>349</sup>. La *doctrina subjetiva* unitaria parte del estado de necesidad penal, luego de reconocer el punto de partida subjetivo del legislador, pero cae en el

---

<sup>347</sup> *Henkel*, p. 13.

<sup>348</sup> *v. Liszt*, p. 355.

<sup>349</sup> Véase *Henkel*, p. 15 s.

error de generalizar y de querer fundamentar todas las interpretaciones de la legislación sobre la materia desde el mismo punto de vista, estableciendo unas condiciones equivocadas en la explicación de las reglamentaciones del estado civil. En el error contrario cayó la *doctrina objetiva* unitaria, pues partieron del estado de necesidad civil y generalizaron el principio de ponderación de bienes allí reconocido incluso en los casos que regula la legislación penal, negando el punto de partida subjetivo tomado por el legislador. El error es igual desde los dos puntos de vista: *no se hace una diferenciación sustancial*.

## II. La teoría de la diferenciación

La objeción que planteaba la doctrina unitaria según la cual una concepción diferente de las prescripciones positivas sobre el estado de necesidad conducía teórica- y prácticamente - a resultados insostenibles<sup>350</sup>, fue una crítica sin los cimientos suficientes. A pesar de la diferencia en los fundamentos de las materias civil y penal sobre estado de necesidad, si fue posible una división de los campos de aplicación. A ello condujo la doctrina diferenciadora que se esforzó por elaborar los respectivos presupuestos para ambos campos de las regulaciones positivas sobre el estado de necesidad. La diferenciación en las clases del estado de necesidad es uno de los grandes rendimientos de la *evolución dogmática penal alemana*<sup>351</sup>. La misma fue resultado de un largo y complejo desarrollo de las discusiones predecesoras sobre los supuestos de estado de necesidad como justificante o exculpante<sup>352</sup>. Esta teoría se remonta a *Berner*<sup>353</sup> y como término fue expresamente utilizado por primera vez en la obra de *Liszt/Schmidt*<sup>354</sup>. Sin embargo, el proceso concreto de fundamentación se debe además a *J. Goldschmidt, Graf zu Dohna, Henkel, R. Merkel y Eb. Schmidt*, así como al *Reichgericht*<sup>355</sup>, a quienes se les nombra como *padres de la teoría diferenciadora*<sup>356</sup> y quienes construyeron una elaborada fundamentación de dicho enfoque dualista para superar las confusiones en que se encontraba la teoría del estado de necesidad a causa de los vacíos del proyecto teórico monista o unificador.

---

<sup>350</sup> Así *M. E. Mayer*, p. 305.

<sup>351</sup> De esta opinión *Küper* JuS 1987, p. 82; *Roxin*, § 16 nm. 1.

<sup>352</sup> *Jescheck/Weigend*, p. 353; en detalle *Küper* en *Erler/Kaufmann/Stammler* (eds.), pp. 1064 ss.; asimismo *Mayer* AT, p. 176 ss.

<sup>353</sup> *Berner*, p. 103.

<sup>354</sup> v. *List/Schmidt*, p. 201.

<sup>355</sup> Cfr. *Berner*, p. 134 s.; *J. Goldschmidt*, ÖZStR 4 (1913), p. 129 ss.; *Graf zu Dohna*, p. 121 ss.; *Henkel*, p. 7 ss.; *R. Merkel*, 1895; *Eb. Schmidt* ZStW 49 (1929), p. 350 ss.

<sup>356</sup> Véase *Küper* JuS 1987, p. 83 y nota a pie 22 con más referencias; *Küper* JZ 1983, p. 89.

El tratamiento dualista fue una *reacción a las teorías unitarias*<sup>357</sup> que trataban las situaciones de necesidad ya sea como causas de exculpación<sup>358</sup> o causas de justificación<sup>359</sup>. Este enfoque diferenciador no solo fue el resultado de un compromiso ejemplar tomado de una búsqueda infructuosa a partir del principio monista del estado de necesidad, es decir, no fue un mero resultado de la continuación de dichas discusiones teóricas sobre el tema, sino, también, en su formación tiene una determinante influencia un especial acercamiento a las *comprensiones materiales de la antijuridicidad*, orientada a la *dañosidad social*, junto a una *concepción normativa de la culpa* que llega a considerar como exculpante ciertas escalas en los conflictos anímicos<sup>360</sup>. Este enfoque ha determinado decisivamente los desarrollos contemporáneos, a pesar de todas las controversias sobre el principio fundamentador (ponderación de bienes jurídicos, ponderación de intereses, la teoría del fin, no exigibilidad, etc.), y finalmente ha encontrado lugar en los códigos penales, destacándose la regulación hecha por el StGB alemán en los §§ 34<sup>361</sup> y 35<sup>362</sup>.

---

<sup>357</sup> Así *Jescheck/Weigend*, p. 356.

<sup>358</sup> Véase *v. Weber*, p. 7; *M.E. Mayer AT*, p. 304 ss.

<sup>359</sup> Véase *Welzel*, p. 50; *v. Hippel Tomo II*, p. 231.

<sup>360</sup> Asimismo *Küper JZ 1983*, p. 89, quien cita la definición de *Eb. Schmidt*: “Notstandshandlungen können zwar, vom Standpunkt der sozialen Interessen aus betrachtet, einwandfrei, vernünftig, angemessen sein und demgemäß rechtliche Billigung verdienen; aber sie können gegebenenfalls, vom gleichen Standpunkt aus, höchst sozialschädlich, abträglich, unvernünftig, dafür aber begreiflich, verzeihlich, entschuldbar erscheinen.“ (Mitteilungen der IKV p. 134). En sentido similar también *Grünhut ZStW 51 (1936)*, p. 456 y *Henkel*, p. 68

<sup>361</sup> “Estado de necesidad justificante. Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado del peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo, esto rige solo en tanto que el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro.” (*López Díaz*, Traducción StGB, p. 24).

<sup>362</sup> “(1) Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad”. Esto rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares porque el mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica. Sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49 inciso 1, cuando el autor no debería tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.

(2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que a él lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces solo será castigado cuando el error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49 inciso 1.” (*López Díaz*, Traducción StGB, p. 24).

## 1. La diferenciación entre estado de necesidad justificante y exculpante

### a. El enfoque dualista de valoración en los casos de necesidad

A partir del *enfoque hegeliano* según el cual fue establecida la posibilidad de un efecto justificante objetivo que se evidencia en el conflicto vida – propiedad, se desarrolló el principio de la *teoría de la ponderación de bienes* que reconoce la facultad de asegurar el valor más alto en el estado de necesidad<sup>363</sup>. La doctrina del Siglo XIX orientada en Hegel (véase *supra* § 2 A V) intentó liberar este principio de la constelación inicial, según el cual en la colisión se enfrentaban una total privación de derechos contra un deterioro parcial de los mismos, volcando su atención sobre la problemática de la imputación y culpabilidad. En los intentos de precisión de la capacidad de rendimiento del principio hegeliano se presentó el novedoso enfoque de *Berner* donde se confronta el derecho de necesidad con la pura exculpación que se desprende de la inimputabilidad. Desde este punto de vista no solo se logró una adecuación de esta doctrina ético-jurídica hegeliana al lenguaje legal ordinario<sup>364</sup>, sino que también se logró el *primer intento diferenciador* en la doctrina del estado de necesidad.

Según *Berner*, en el estado de necesidad se pueden distinguir *dos formas de actuación*: por un lado, la de aquellos casos en los que se salva la propia vida a costa de una ajena, donde el hecho sería exculpado “porque el Estado no puede exigir con pena un heroísmo moral”<sup>365</sup>. Junto a esto se dan también casos donde quien se encuentra en urgencia, al contrario, “hubiera actuado sin una correcta comprensión de la cuestión, si dejara perecer su propio derecho en vez de salvarse por medio del sacrificio de un derecho ajeno; donde el sacrificio omitido de un derecho ajeno no expresaría una moralidad extraordinaria sino una inusitada locura”<sup>366</sup>. En estos casos, consideró *Berner* que la falta de sanción no se fundamenta por exculpación sino a partir de un *derecho de necesidad*, con lo cual dejaba constancia de que su explicación moral del problema de necesidad se orientaba por los parámetros de discusión propios del idealismo hegeliano<sup>367</sup>. Sobre ese fundamento consideró *Berner* que quienes sufrían la intervención en

---

<sup>363</sup> Así *Bockelmann*, p. 21; *Meißner*, p. 87; *Pawlik*, p. 98 ss.

<sup>364</sup> Así *Küper* JuS 1987, p. 85.

<sup>365</sup> *Berner*, p. 100 s.

<sup>366</sup> *Berner*, p. 100.

<sup>367</sup> Así *Pawlik*, p. 34; *Janka*, p. 162.

sus derechos no padecían locura, pues los derechos son limitados por la posibilidad de la condición social, de la convivencia racional.

Por recoger en su formulación un presupuesto de distinción en el tratamiento de los casos en estado de necesidad, fue considerado Berner el fundador de la teoría de la diferenciación<sup>368</sup>. Sin embargo, su enfoque dejó ver algunos vacíos que impedían una completa fundamentación, por ejemplo del principio de ponderación de valores de los derechos, ya que su apreciación sobre *moralidad y locura* exigirían la utilización de un parámetro normativo que no es presentado por él mismo, lo cual conllevaría a asegurar un derecho de necesidad en todos aquellos casos en los que la conservación de un bien reclama un sentido correcto y un sano raciocinio humano<sup>369</sup>.

Con la noción diferenciadora se dio paso a la sistematización de los casos y acciones en estado de necesidad por medio de la división en dos grupos básicos de exclusión de responsabilidad. Esta es la característica estructural de la llamada teoría de la diferenciación, según la cual el estado de necesidad no tiene una aparición única sino que comprende casos de muy diferentes maneras y formas. De ello se desprende que los casos correspondan ya a una causal de justificación de la antijuridicidad o una exclusión de la culpabilidad del comportamiento. Esta teoría parte del cuestionamiento de los casos de estado de necesidad justificante y exculpante y se pregunta si la acción cometida resulta justificable bajo la consideración de los puntos de vista más fundamentales o si, de otra manera, resulta excusable<sup>370</sup>. De esta manera, los representantes de esta concepción se cuidan de dar validez absoluta al principio de ponderación de bienes o intereses o del reconocimiento exclusivo del principio subjetivo de la consideración de la autoconservación.

La teoría de la diferenciación retoma la idea de que el actuar racional y libre de contradicciones en los casos de estado de necesidad podría ser determinado por medio de una *valoración balanceada de sus cualidades positivas y negativas*<sup>371</sup>. La valoración equilibrada de todos los elementos de la acción se presentó de diferentes formas. Por un lado, respecto al propósito de la acción, desde la *teoría del fin* se consideró que “no son antijurídicas las

---

<sup>368</sup> Así Bockelmann, p. 65; Küper en Erler/Kaufmann/Stammler (eds.), pp. 1068.

<sup>369</sup> Bockelmann, p. 64; Pawlik, p. 35; Janka, p. 163.

<sup>370</sup> Jescheck/Weigend, p. 380; Roxin, § 16 nm. 1.

<sup>371</sup> Küper JuS 1987, p. 84; Küper JZ 2005, p. 106.

intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado” (la conservación)<sup>372</sup>. Asimismo, acerca de la forma de obtener el fin, la idea del medio adecuado se desprendía de la comparación de valores (positivos o negativos) con la cual se determina la proporcionalidad o no del medio (relación medio – fin). Por otro lado, sobre el bien sacrificado, el principio de la *ponderación de bienes e intereses* (teoría de la colisión) determinó la justificación según la cual “no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si solo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor”<sup>373</sup>.

## **b. La síntesis de la teoría de la diferenciación**

La teoría de la diferenciación propició la distinción que descomponía la noción unificadora del estado de necesidad en dos tipos, uno justificante y otro exculpante. Esto fue posible cuando fueron interpretados como *aspectos complementarios* los puntos de partida elementales de la dogmática sobre el estado de necesidad; es decir, por un lado, el aspecto de la *ponderación de bienes y fines* (ponderación de intereses y relación medio-fin) y, por otro lado, el aspecto de *motivación psicológica subjetiva*. De esta interpretación complementaria se derivó una legitimidad relativa para la explicación del estado de necesidad<sup>374</sup>. De esta manera, se reconoció la necesidad de diferenciación y se pudo discutir la estructura del *principio de justificación* (ponderación de intereses, relación medio-fin y combinación de ambos principios).

Sin embargo, quedó la pregunta sobre cómo incorporar los casos de estado de necesidad que según estos principios no deberían ser sancionados, pero no encontraban justificación en la legislación positiva. La comprensión del estado de necesidad como causal de exculpación penal solo tenía lugar pero con exclusión de los casos en los que el autor actuaba conforme al *principio del interés preponderante o del medio adecuado*<sup>375</sup>. Este tipo de circunstancias en la situación de necesidad no se abarcaban por los §§ 52 y 54, mientras que en los §§ 228 y 904 BGB solo se prescribió esto para cierta constelación de casos (intervención sobre cosas). Con ello se dio lugar a un *vacío de justificación a nivel positivo-legal*, que se llenó

---

<sup>372</sup> Véase *Eb. Schmidt ZStW 49 (1929)*, p. 350 ss.; *Lenckner*, p. 60 ss.

<sup>373</sup> Véase *Lenckner*, p. 60 ss.; *Bockelmann*, p. 21.

<sup>374</sup> *Henkel*, p. 53; *Küper JuS 1987*, p. 85.

<sup>375</sup> Véase *Goldschmidt ÖZStR 4 (1913)*, p. 162 s.; *Eb. Schmidt ZStW 49 (1929)*, p. 359; *Siegert*, p. 24.

consecuentemente de manera supralegal por medio de la estructura general del principio del estado de necesidad justificante. Esta *construcción supralegal* partió de la idea de que en caso de colisión ineludible de intereses en pugna, el sujeto actúa conforme a derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso<sup>376</sup>. De esta manera, por el lado de la intervención se desprendía de los límites de la legislación civil planteando la posibilidad de ir más allá de cosas muebles o inmuebles y por el lado de la conservación superó la legislación penal respecto del límite sustantivo personal. Así se planteó la posibilidad de protección de un interés preponderante por medios jurídicamente adecuados.

### c. Estado de necesidad supralegal

Éste debe su aparición al reconocimiento de que las causas de justificación del código civil alemán no contenían *ninguna regulación definitiva de la exclusión del injusto* y que ello se podría dar mucho más por fuera del derecho positivo por medio de un regreso inmediato a la ponderación de valores que sirve de base al ordenamiento jurídico. Las regulaciones de los §§ 52 y 54 y 228, 904 BGB fueron consideradas por largo tiempo como exclusivas por la literatura y la jurisprudencia, aunque siempre con la sensación de insuficiencia<sup>377</sup>. Por esta razón se llegó al reconocimiento de una *justificación supralegal* y se concibió en los problemas sobre el estado de necesidad la doctrina de la *antijuridicidad material*, dando acogida a la creación de la concepción normativa de la culpa<sup>378</sup>. El estado de necesidad supralegal es señalado como uno de los fenómenos más relevantes de creación del derecho consuetudinario<sup>379</sup>.

Como trabajo predecesor de las discusiones sobre el estado de necesidad supralegal, se nombra especialmente en la obra de *Binding*, quien en conexión con las investigaciones de *Oppenhoff* sobre el StGB prusiano de 1851, exigió la acogida de un principio normativo suprapositivo, pero válido como derecho vigente para los casos de la colisión de conflictos, de tal manera que se declarará como principio objetivo la no antijuridicidad del cumplimiento de la obligación más importante a costa de la menos importante<sup>380</sup>. El reconocimiento del estado

---

<sup>376</sup> Véase con más referencias *Roxin*, § 16 nm 3, § 7 nm. 35 y § 14 nm 9, 38 ss.

<sup>377</sup> Así *Henkel*, p. 25 quien se refiere a estas prescripciones como una “atadura de mucho peso”.

<sup>378</sup> Así *Henkel*, p. 25; *Küper* JuS 1897, p. 82 s.; *Küper* JZ 2005, p. 106 s.

<sup>379</sup> Así *Maurach*, p. 467, pero advirtiendo de que se trata de un principio general.

<sup>380</sup> *Binding*, p. 762; Sobre el principio respecto a las causas de justificación véase *Lenckner*, p. 51 ss.

de necesidad supralegal también estuvo marcado por las posiciones del *enfoque unitario y diferenciador*. Por un lado, se comprendió el problema del estado de necesidad supralegal en el sentido de que se podía deducir el principio desde el § 228 y con ello una situación de estado de necesidad podía ser vista como legal por medio de una aplicación analógica de este párrafo cuando no se causaran perjuicios desproporcionados desde el punto de vista del peligro<sup>381</sup>. Por otro lado, el reconocimiento del estado de necesidad supralegal fue respaldado en trabajos como los de *Eb. Schmidt*<sup>382</sup> y *Wachinger*<sup>383</sup> quienes consideraban que el problema se podía presentar de *lege data* como válidamente aclarado.

El estado de necesidad justificante supralegal parte de la idea de que “en caso de colisión ineludible de intereses en pugna el sujeto actúa conforme a derecho si da preferencia al interés más valioso frente al menos valioso y con ello en definitiva hace algo socialmente provechoso.”<sup>384</sup> Si bien la teoría de la colisión proporcionó razonables presupuestos para derivar el carácter justificante de los §§ 228 y 904 BGB, el *principio de ponderación de intereses* otorgaba el fundamento necesario para suplir los vacíos de justificación a que daban pie las causales allí legalmente reguladas. El caso más importante consistía en la colisión de bienes jurídicos en los cuales tenía que sacrificarse uno de los dos para ser salvado y para su justificación se consideraba que solo el más alto en la relación de valor podía ser objeto de salvación y que los peligros lejanos no eran objeto de admisible intervención. Dichos principios regían no solo en la colisión de bienes sino también entre deberes<sup>385</sup>.

Al nivel jurisprudencial se acogió el planteamiento doctrinal y se evocó el estado de necesidad supralegal. Este reconocimiento jurisprudencial se logró por primera vez en la sentencia del *Reichtsgericht 61, 241 del 11.03.1927*, en la cual se discutieron los problemas que tuvo la práctica médica de *interrupción del embarazo* con el propósito de evitar un serio peligro para la vida o la integridad corporal de la madre. El problema consistía en que los casos de estado de necesidad hasta ese entonces admitían en la ley solamente la intervención sobre objetos materiales y por ello no estaba permitida la lesión del feto. De tal manera que la praxis de interrupción del embarazo por medio de aborto u otra forma similar de terminación

---

<sup>381</sup> Así *Henkel*, p. 25 en referencia al trabajo de *v. Hippel*.

<sup>382</sup> *Eb. Schmidt* ZStW 49 (1929), p. 350 ss.

<sup>383</sup> *Wachinger*, p. 469 ss. con más referencias.

<sup>384</sup> *Roxin*, § 16 nm. 3, asimismo con más referencias sobre el estado de necesidad supralegal § 7 nm. 35; § 14 nm. 9, 38, ss.

<sup>385</sup> *Welzel* 1976, p. 133; *Henkel*, p. 26.

de la vida del feto como la *craneotomía*, *decapitación* o *exenteración* se enfrentaba a obstáculos legales para su realización. En esta sentencia se habló de causales de justificación y exculpación como cuestiones diferentes y, además, se introdujo la fundamentación de un estado de necesidad justificante no incorporado positivamente a partir de la teoría de la ponderación de bienes y deberes (p. 254). En ella se descarta la teoría del fin, en tanto que “dada la amplitud de su formulación, no es posible ver claramente si su aplicación en la praxis no conduciría a consecuencias objetables” (p. 253). En cambio, se “reconoce para el supuesto de pugna entre bienes jurídicos, que cuando no sea posible un equilibrio sino destruyendo o dañando uno de los dos bienes jurídicos, el bien de inferior valor ha de ceder ante el de superior valor, y por lo tanto no es antijurídica la injerencia en el de inferior valor”. E igualmente para el supuesto de pugna o conflicto entre deberes –el estado de necesidad entre deberes–, se reconoce “que ha de cumplirse el deber superior a costa del menos elevado, y que el incumplimiento de este último no es antijurídico”<sup>386</sup>. Esta jurisprudencia fue confirmada por el mismo *Reichsgericht* (62, 35, 46 s.), donde emplea expresamente por primera vez el término “*estado de necesidad supralegal*” en la discusión sobre si era justificado el ingreso de mercancías sin declaración aduanera a la famosa Cuenca del Ruhr, donde se encuentra la aglomeración metropolitana más poblada de Alemania y la mayor región industrial de Europa, a efectos de evitar un colapso económico. Asimismo, en otro caso de aborto (*RGSt* 62, 137 del 20.04.1928) en el cual agrega a las condiciones de justificación el requisito de “*deber de examen*” advirtiendo que, si falta dicho examen, no existe la causa de justificación ni siquiera aunque posteriormente se compruebe que concurrían los restantes presupuestos” (p. 138).

El fundamento del estado de necesidad supralegal se conservó con dos concepciones que chocaban entre sí<sup>387</sup>. Por un lado, la teoría de la *ponderación de bienes*, que como se ha mencionado, fundamentó el reconocimiento suprapositivo del estado de necesidad justificante y que advertía que no se daba una actuación antijurídica cuando se lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor si es la única manera de salvar un bien jurídico de superior valor. Por otro lado, la *teoría del fin*, que fue propugnada especialmente por Liszt y su discípulo Eb. Schmidt, la cual manifestaba que en una situación de estado de necesidad un medio adecuado se justificaba frente a un fin adecuado, por lo tanto no son antijurídicas las

---

<sup>386</sup> *Roxin*, § 16 nm. 4; para más detalles *Eb. Schmidt* ZStW 49 (1929), p. 350 ss.

<sup>387</sup> *Roxin*, § 16 nm. 3; *Küper* JuS 1987, p. 84.

intromisiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado<sup>388</sup>.

Junto a esta tensión, intentando suplir las limitaciones de los §§ 52 y 54, se sumó a la discusión la necesidad del reconocimiento de un *estado de necesidad supralegal exculpante* con la idea de que únicamente se pudiera imputar a un autor un comportamiento antijurídico cuando el mismo se basa en una defectuosa motivación en los casos en los que se debía esperar un comportamiento legal y adecuado por parte del mismo, de tal manera que, un juicio negativo de exigibilidad se convirtiera en una causa supralegal de exculpación. Estas serían “situaciones en las que al autor o pariente no lo constriñe un estado de necesidad que lo afecte en la integridad corporal o la vida, sino en que un estado de necesidad que afecta la integridad corporal o la vida de un extraño le provoca una situación de conflicto de deberes (conflicto de conciencia) que no puede obviar sin asumir cierto grado de culpabilidad.”<sup>389</sup> El origen de esta discusión se dio en los *procesos de eutanasia en la época del nacionalsocialismo* alemán a raíz del decreto hitleriano que ordenaba la eutanasia de todos los enfermos mentales. La única opción que tenían para no realizar dicho proceso fue una orden secreta que le confiaba a algunos médicos solo un cierto número de enfermos. En cada caso a decidir, los médicos se vieron enfrentados a un trágico conflicto de conciencia en vista de la inevitabilidad del régimen totalitario, ya sea interviniendo en las acciones de eutanasia del proyecto hitleriano para intentar proteger la mayor cantidad de enfermos posibles ante el aniquilamiento o, rechazando su participación en tales hechos con la consecuencia de que otros médicos menos escrupulosos intervinieran y enviaran a todos los presos a la muerte<sup>390</sup>.

En dichos casos, los altos tribunales<sup>391</sup> como también la opinión dominante de la doctrina<sup>392</sup> consideraron que *no existía un estado de necesidad justificante* y que lo que habían ejecutado los médicos de los presos fue el hecho típico de asistencia para morir. *Tampoco los médicos pudieron exculparse bajo el § 54* porque allí solo fue considerada la amenaza de la existencia síquica del autor mismo o de un familiar. Motivo de reflexión fue determinar si más allá del § 54 se podía pedir una negación de la culpa, arguyendo situaciones no reprochables

---

<sup>388</sup> *Eb. Schmidt ZStW 49 (1929), p. 350; Liszt/Schmidt, p. 206.*

<sup>389</sup> *Welzel 1976, p. 256.*

<sup>390</sup> *Welzel 1976, p. 256; Welzel ZStW 63 (1951), p. 51,*

<sup>391</sup> *OGHSt 1 321, 2 117, BGH NJW 1953 p 513.*

<sup>392</sup> Véase *Gallas FS Mezger, p. 311* con más referencias.

jurídicamente en las que se encuentran médicos que sienten un peso en su conciencia frente a los enfermos abandonados antes de la muerte. La jurisprudencia no reconoce en estos casos un estado de necesidad exculpante supralegal, sino que considera más bien que existe una causa de exclusión personal de la pena o busca la solución en una faltante conciencia de antijuridicidad<sup>393</sup>.

## 2. Las regulaciones vigentes del estado de necesidad

### a. §34 StGB: estado de necesidad justificante

Las sentencias aludidas utilizaron como fundamento normativo para la resolución de los casos de estado de necesidad justificante hasta el 01.01.1975, fecha en la que entró en vigor el nuevo § 34 introducido por el 2. StrGR (*Gesetz zur Reform des Strafrechts*), las discusiones sobre las deficiencias de los §§ 52 y 54<sup>394</sup> y coincidían en reconocer, por un lado, que dichas prescripciones no incluían el estado de necesidad justificante y abarcaba solo el exculpante sin aclarar su significado como causa de exclusión de la culpa<sup>395</sup>. Y por otro lado, se le señalaba de separar superficialmente el estado de coacción del estado de necesidad (aunque el primero es un caso especial del segundo) construyendo la separación del mismo sobre la falsa condición de una violencia irresistible, la cual en el sentido de una *vis absoluta* excluye la noción de acción, por lo que no se trataría de un problema de culpa<sup>396</sup>. Además, se le criticaba de ser poco comprensiva en el sentido de abarcar solo como bienes susceptibles de salvarse en un estado de necesidad a la integridad corporal y la vida<sup>397</sup>.

La preparación de esta reforma tuvo inicialmente como punto de partida la *teoría de la ponderación de bienes*. En la propuesta inicial de la gran comisión de derecho penal se prescribió que “el que obre en estado de necesidad no cometerá injusto alguno si el bien jurídico que protege tiene un valor considerablemente superior al bien jurídico lesionado por el hecho” (p. 74 § c II (1)). Esta propuesta intentaba remediar las deficiencias de las regulaciones vigentes y se respaldó en el § 25 del proyecto de reforma del año de 1927 con

---

<sup>393</sup> Así *Lenckner*, p.13; *Welzel* 1976, p. 257 s. con otras referencias.

<sup>394</sup> Véase las actas de discusión sobre la reforma penal al estado de necesidad justificante en los famosos *Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*. Sobre la opinión a favor de partir de la teoría de la ponderación de bienes véase el Tomo 2 p. 60 ss.

<sup>395</sup> *Ibid.*, p. 77 Anhang 25 B III 2 lit. a).

<sup>396</sup> *Ibid.*, p. 77 Anhang 25 B III 2 lit. b).

<sup>397</sup> *Ibid.*, p. 77 Anhang 25 B III 2 lit. c).

una diferencia tanto en la formulación como en la delimitación, pues se utilizaba la noción de bien jurídico en vez de la noción de perjuicio, establecía la posibilidad de justificación en tanto fuera determinable el valor más alto del bien jurídico protegido y no excluía el estado de necesidad por medio de la injerencia en la vida o integridad corporal para la salvación de otro bien<sup>398</sup>. Así entonces, en la propuesta se consideraban como susceptibles de protección a todos los bienes jurídicos y a todas las personas más allá del contexto familiar<sup>399</sup>. Se consideraba que la noción estado de necesidad correspondía a un estado de coacción solo cuando al autor no se le puede exigir asumir un peligro según las circunstancias<sup>400</sup>. La voluntad de salvación tenía que orientar la acción necesaria y se establecía la ponderación de bienes como el criterio con el que se determinaba si se trataba de una justificante o exculpante<sup>401</sup>.

Sin embargo, posteriormente fue muy discutida la limitación que se introdujo con la mera ponderación de bienes abstracta. Por un lado, algunos fueron de la opinión de que dicho principio debería suprimirse totalmente en la nueva reglamentación del estado de necesidad. Entre otros, *Jescheck* recordó como la misma jurisprudencia del Reichsgericht acentuó que en los casos de interrupción del embarazo no se trata solo de la mera comparación abstracta de bienes, sino que también tenía que ser considerada la decisión de la madre, con lo cual entraba en juego el *principio de la ponderación de intereses* según el cual más allá de los puntos de vista expresados en la ponderación de bienes, juegan un rol muy importante otros factores<sup>402</sup>. Por su parte, *Bockelmann* criticaba los resultados a los que se llegaba con la ponderación de bienes, pues según el mismo en verdad no se compara bien jurídico con bien jurídico sino el grado de peligro de un bien con el peso de la lesión o el peligro de otro bien, con lo cual la ponderación del valor de un bien si bien juega un rol, no es exclusivo<sup>403</sup>. Por otro lado, *Welzel* fue de la opinión que dicho principio debería ser consagrado legalmente pues la preferencia del valor más alto sobre el de menor valor es un fundamento de la nueva ética sin el cual no nos podríamos entender con la ética y no podríamos trabajar con el derecho<sup>404</sup>.

---

<sup>398</sup> *Ibid.*, p. 77 Anhang 25 B III 3.

<sup>399</sup> *Ibid.*, p. 77 Anhang 25 B III 3 lit a) y b).

<sup>400</sup> *Ibid.*, p. 77 Anhang 25 B III 3 lit c).

<sup>401</sup> *Ibid.*, p. 77 Anhang 25 B III 3 lit d).

<sup>402</sup> *Niederschriften* Tomo 12, p. 159.

<sup>403</sup> *Niederschriften* Tomo 12, p. 162. De la misma opinión *Gallas*, p. 164.

<sup>404</sup> *Niederschriften* Tomo 12, p. 167 citando a *Hartmann, Scheler y Reiner*.

El punto de vista fue modificado con la opinión de que no era suficiente la mera comparación de bienes, sino que era también necesario tener en cuenta *todas las circunstancias de la situación específica*, pues de otra manera no se lograba abarcar legalmente los aspectos del campo de aplicación del estado de necesidad supralegal<sup>405</sup>. En el § 39 del proyecto de 1962, del cual procede la versión actual del § 34, hubo una clara sustitución del principio de ponderación de bienes por el de ponderación de intereses, de tal manera que la comparación del valor de los bienes llegó a ser solo un criterio más entre otros (“ponderación de intereses en pugna, concretamente de los bienes jurídicos afectados y del grado de los peligros que los amenazan”). Según el proyecto, la justificación de una acción dependía de dos valoraciones: por un lado, una correcta *ponderación de bienes e intereses* y, por otra parte, la acción de estado de necesidad debe aparecer en una *valoración global ético-social* como el empleo del medio correcto para un fin correcto. De esta forma se intentó conciliar la teoría de la ponderación de bienes e intereses y la teoría del fin, para de esa manera facilitar que las valoraciones que vayan más allá de la ponderación de intereses sean abarcadas también en la decisión. Según la propuesta, el objeto de la ponderación son los intereses en contradicción, especialmente el bien jurídico afectado y el grado del peligro que amenaza al mismo, con lo cual no queda fuera de consideración el bien jurídico opuesto sino que en los presupuestos de la ponderación se coloca la valoración de los intereses contrapuestos en un determinado caso, de tal manera que la cercanía y la gravedad del peligro están incluidos como también el tamaño y el alcance de la injerencia que padece el otro bien o interés. Para la acción en estado de necesidad justificante, según las motivaciones del proyecto de 1962, bastaba que las condiciones del párrafo primero estuvieran dadas objetivamente. No era necesario que el autor en estado de necesidad hubiera pesado o medido el estado de los intereses, sino que era más importante para la justificación que el hecho, producto de una voluntad de salvación, se presentara en su manifestación externa como una situación de necesidad según las condiciones legales del párrafo primero.

## **i. El principio de justificación**

### **aa) La ponderación de intereses**

---

<sup>405</sup> El cambio de opinión está registrado en los *Niederschriften* Tomo 12, p. 152 ss.

Según el principio de ponderación de intereses, *la acción en estado de necesidad es legal cuando los intereses protegidos con ella prevalecen al frente de los lesionados por medio del hecho*<sup>406</sup>. Desde esta perspectiva, el valor de los bienes jurídicos en colisión es solo un factor entre otros a considerar y en ese sentido se mencionan como otros factores importantes “el valor de los bienes implicados y la cuantía del daño material y moral acaecido o esperado (...). También deben ser sopesadas la cercanía y la gravedad del peligro que amenaza al bien protegido, el grado de aptitud de la acción necesaria para la elusión del peligro, el significado funcional de los bienes afectados, el carácter irreparable de la pérdida sufrida, la existencia de un deber de garante (...) y la finalidad última que persigue el autor”<sup>407</sup>. La teoría de la ponderación de intereses permite introducir, a partir de un caso concreto, el análisis o ponderación de circunstancias individuales, en otras palabras, facilita la comprensión de un caso con todos sus detalles, como una situación completa<sup>408</sup>.

Esta formulación ya había sido esbozada en la doctrina hegeliana sobre el estado de necesidad de Hegel (véase *supra* V 1). Se trataba del caso de la colisión vida y propiedad, y se otorga un derecho de necesidad en favor del primero pues por el otro lado se encuentra una lesión interminable de la existencia y con ello se da una total impunidad, mientras que en la propiedad solo llega a ser lesionada una limitada existencia de la libertad. De cierta manera en estrecha conexión con Hegel, la doctrina penal del siglo XIX e inicios del XX se basa en la idea de que en el estado de necesidad es preponderante la conservación del derecho cualitativamente más alto o cuantitativamente más abarcador<sup>409</sup>. Pero fue *R. Merkel* quien habló primero del principio del interés preponderante en su conocido escrito “*Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen*”<sup>410</sup>. En dicho trabajo y en total conexión con la teoría de la diferenciación se determina que con el estado de necesidad, que solo es un caso especial de colisión de intereses legales, se puede desprender la necesidad de lesionar bienes ajenos tanto desde un punto de vista subjetivo como objetivo. Merkel ve en el *valor objetivo del interés en peligro* un factor suficiente para fundar una situación de coacción<sup>411</sup>. Como es evidente, dentro de una esfera especial con

---

<sup>406</sup> Sobre el paso del principio de ponderación de bienes al de intereses véase *Lenckner* GA 1985, p. 295 ss.

<sup>407</sup> Así *Jeschchek/Weigend*, § 33 IV 2 c) p. 388 y nota a pie 40 con más referencias; también *Roxin*, § 16 nm. 7.

<sup>408</sup> *Maurach/Zipf*, § 27 III nm. 20 p. 471; también *Schmidhäuser*, p. 328.

<sup>409</sup> Así *Lenckner*, p. 51; sobre la doctrina posthegeliana véase *Bockelmann*, p. 57 ss.

<sup>410</sup> *Merkel*, p. 41.

<sup>411</sup> *Merkel*, p. 17.

colisiones, el particular conserva el interés mayor a costa del menor. Lo mismo vale para la sociedad desde el punto de vista de la disputa de intereses bajo su estructura. En este caso, la garantía del interés más alto corresponde al aseguramiento del interés total y asimismo a las concepciones de valor éticas que armonizan con cada interés<sup>412</sup>.

Con esto se delimitó el posterior tratamiento del estado de necesidad como causal de justificación. A pesar de ello, la doctrina de la *ponderación de intereses* fue objeto de fuertes objeciones, las cuales se dirigieron contra el principio como tal y argumentaban que el estado de necesidad no tenía lugar en un conflicto objetivo de intereses de diferentes personas que se manifestaba en el mundo exterior, sino en un *conflicto subjetivo de los motivos que ocurre en el ánimo o espíritu* de quien se encuentra en estado de necesidad<sup>413</sup>. Como esencialmente problemático se consideraba la ejecución o puesta en práctica del principio, frente a la cual se planteaba preguntas sobre si la ponderación se basaba en el valor que el interés posee para el implicado o para la generalidad<sup>414</sup> y si había una medida segura para poder llegar a valorar los diferentes intereses y de dónde debería tomar ello el juez<sup>415</sup>. Sin embargo, todos estos cuestionamientos no lograron impedir la consolidación de dicho principio como fórmula o norma de la colisión de intereses y encontró en *Beling*<sup>416</sup>, *Dohna*<sup>417</sup> y *Mezger*<sup>418</sup> sus más importantes representantes<sup>419</sup>.

La teoría de la ponderación de intereses que se encuentra recogida en el § 34, que había sido respaldada en diferentes opiniones hasta su expresa inclusión en el § 39 del proyecto de 1962, modificó el puro principio de ponderación de bienes incorporando todas las disputas de intereses dignos en la ponderación, llegando más allá de la mera relación de rangos de los bienes jurídicos abstractos. En realidad, este principio esboza la comprensión del estado de necesidad justificante así como había sido reconocido con el estado de necesidad suprallegal. Ya en la decisión fundamental sobre el estado de necesidad (RGSt 61, 242), luego de que fuera decretado el principio de ponderación de bienes, fueron consideradas muchas

---

<sup>412</sup> *Merkel*, p. 41.

<sup>413</sup> Así *Hold v. Ferneck* Tomo II, p. 48.

<sup>414</sup> Así *Henkel*, p. 83 s.; v. *Weber*, p 4 ss.

<sup>415</sup> v. *Weber*, p. 4 ss. planteando otros cuestionamientos.

<sup>416</sup> *Beling*, p. 37.

<sup>417</sup> *Graf zu Dohna*, 1925 p. 11 ss.

<sup>418</sup> *Mezger* GS 89, p. 313.

<sup>419</sup> Sobre la recepción de dicha doctrina véase resumidamente *Meißner*, p. 99 ss.

limitaciones del mismo y se colocaron nuevas exigencias que mostraban que la ponderación de bienes era limitada como medida de decisión aplicable o utilizable<sup>420</sup>. Sin embargo, hoy es considerada por la opinión dominante<sup>421</sup> como la regulación de mayor importancia, según la cual *todos los puntos de vista relevantes para la decisión deben ser valorados con la cláusula de ponderación de intereses*. La valoración de todos los intereses particulares debe realizarse a partir de una mirada completa o una visión de conjunto de todas las circunstancias relevantes, por medio de la incorporación de todos los aspectos positivos y negativos.

## **bb) La teoría del fin**

La teoría del fin ha tenido una importante influencia hasta el actual § 34 inciso 2 y según la misma no es antijurídica la conducta típica, es decir está justificada la misma cuando sea “*el medio adecuado (correcto) para lograr un fin reconocido por el legislador como justificado (correcto)*”<sup>422</sup>. Para *v. Liszt* si falta una regla que ordena o permite la lesión o riesgo de un bien jurídico, se debe examinar el contenido material del acto en cuestión, para lo cual se deben tener en cuenta dos principios básicos: por un lado, la determinación de un específico fin puede considerarse justificada si se deduce del conjunto de las disposiciones legales donde puede encontrarse el reconocimiento como justo o correcto por parte del legislador. Por otro lado, si ello no es aplicable, “debe examinarse la conveniencia del acto en consideración al fin (existente empíricamente) de la convivencia regulada por el Estado. En este punto de vista, el mantenimiento de un interés superior a costa del de menor importancia puede parecer justificado”<sup>423</sup>. Esta apreciación, ya había sido acogida por *Binding* con el famoso principio de que los medios necesarios para un fin permitido legalmente son medios jurídicamente permitidos<sup>424</sup>.

En este sentido, la persecución de un fin jurídicamente reconocido, con medios adecuados, representa una razón para justificar el desvalor de la acción antijurídica. En el escenario del

---

<sup>420</sup> LK/Zieschang, § 34 nm. 3; *Eb. Schmidt* ZStW 49 (1929), p. 377 s.

<sup>421</sup> Entre los más importantes véase *Lenckner*, p. 89 ss.; *Jeschek/Weigend*, § 33 IV 3 c; *Maurach/Zipf*, § 27 nm 22; *Roxin*, §16 nm 22; *Schmidhäuser*, 9/71, 79; *Küper* GA 1983, p. 295; véase *Pawlik*, p. 48 nota a pie 103 con más referencias.

<sup>422</sup> *v. Liszt* Tomo II, § 32 II 2, p. 326, quien expone dicha fórmula a partir de la 14/15 edición de su manual de derecho penal (p. 141).

<sup>423</sup> *v. Liszt* Tomo II, § 32 II 2, p. 338.

<sup>424</sup> *Binding*, p. 792, cuya apreciación coincide con la teoría del fin si se entiende medios necesarios como medios adecuados.

estado de necesidad significa que el autor actúa legalmente si la salvación del bien amenazado representa un fin justificado y la lesión del bien ajeno es un medio adecuado para alcanzar este objetivo. Esta idea “se corresponde con la concepción del delito como actuación de la voluntad contraria al deber (injusto de acción) y que desemboca en la siguiente cuestión: ¿qué pretendía el autor?”<sup>425</sup>. En esta apreciación juega un rol determinante la *comprensión material de antijuridicidad*, “pues la justificación significa que una acción, a pesar de contradecir una norma prohibitiva, en el caso concreto está en condiciones de tolerar la lesión o puesta en peligro del objeto material de protección en beneficio de valores de mayor importancia, siempre que también el fin perseguido por el autor no resulte desaprobado”<sup>426</sup>.

En la doctrina del derecho natural, especialmente en las comprensiones escolásticas sobre la conciencia de lo injusto, ya se había conocido tal formulación, en el sentido de que se puede tener un derecho a este tipo de acciones siempre que sea necesario para la realización de un derecho, con lo que la necesidad debe ser moralmente entendida<sup>427</sup>. Pero fue a partir de fundamentos neokantianos que sus principales representantes intentaron posteriormente hacer fructífera la fase del *medio legal al propósito legal*<sup>428</sup>. Así, para *Eb. Schmidt*, un acercamiento a las ideas de justicia sería más limitada si se atendiera solo a un principio particular y especializado en el sentido determinado por la ponderación de bienes, por lo que es en el campo del derecho no positivo donde se puede tomar una mejor decisión sobre la idea de justicia<sup>429</sup>. La fórmula que facilita esto tiene que ser mucho más abstracta y formal para permitir una mayor satisfacción conforme al estado cultural<sup>430</sup>. El principio requerido de complementación jurídica se encuentra en la teoría del fin, porque ésta se orienta en la esencia del derecho mismo: el derecho busca ayudar a conseguir los propósitos conservados y requeridos para la convivencia y útiles para la evolución cultural. Su sentido es que los fines correctos lleguen a ser alcanzados con los medios adecuados<sup>431</sup>.

La conducción a una concreta decisión a partir de dicha fórmula requiere de unas condiciones sustanciales, las cuales el juez debe sustraer por medio de una reflexión sobre el estado de la

---

<sup>425</sup> *Jescheck/Weigend*, § 31 II 2, p. 349.

<sup>426</sup> *Jescheck/Weigend*, § 31 II 3 p. 349.

<sup>427</sup> Así *Lenckner*, p. 60 nota a pie 2; véase también *Nagler*, p. 348 con otras referencias.

<sup>428</sup> Véase también *Graf zu Dohna*, p. 48 ss.; *Eb. Schmidt ZStW 49 (1929)*, p. 379 ss.

<sup>429</sup> *Eb. Schmidt ZStW 49 (1929)*, p. 374.

<sup>430</sup> *Eb. Schmidt ZStW 49 (1929)*, p. 375.

<sup>431</sup> *Eb. Schmidt ZStW 49 (1929)*, p. 375.

cultura<sup>432</sup>. A partir de este escenario, que representa un campo más amplio de valoración, adjudica Eb. Schmidt también su significado a la teoría de la ponderación de bienes, que ante todo es un reflejo de todo el derecho a partir de todos los fundamentos existentes, pero frente al cual, sin embargo, *deben ser decisivos otros puntos de vista* tanto para la exactitud del fin como también para la adecuación del medio<sup>433</sup>. Así por ejemplo, las visiones culturales dominantes en la sociedad, las valoraciones reconocidamente destacadas en las instituciones estatales, las tradiciones de vida, etc., pero ante todo las concepciones morales del tiempo en cuestión y del pueblo afectado<sup>434</sup>. Con ello se coloca de manera directa el presupuesto del principio de decisión en el estado de necesidad sobre una base supralegal y no se limita a la posibilidad de poder extraer las valoraciones solo de la ley.

Sin embargo, contra la extensión e indeterminabilidad de la frase “el medio correcto para el fin correcto” se orientó la mayoría de reparos e incluso el antiguo Reichsgericht dio su rechazo al mismo (RGSt 61, 253), pues se consideraba que no se podía dejar de tener en cuenta que en la praxis llevaría a cuestionables efectos. Dichos reparos se desprendieron especialmente de los *procesos médicos del tiempo de posguerra* en el que los tribunales aceptaron en parte que la intervención del médico en las acciones de eutanasia, según el estado de cosas, había sido un medio correcto a un fin correcto<sup>435</sup>. A partir de la cuestionable potencialidad de dicho principio fue utilizada la frase de la teoría del fin solo como un correctivo limitado al frente del principio de ponderación de bienes<sup>436</sup>. El mayor alcance del mismo se pudo percibir en algunos intentos de *combinación de ambos principios*, como por ejemplo con *Siegert*, quien formula la siguiente síntesis: “legal es la acción en estado de necesidad cuando ocurre a favor de un interés protegido legalmente de alto valor con medios adecuados”<sup>437</sup>.

---

<sup>432</sup> *Eb. Schmidt ZStW 49 (1929), p. 376.*

<sup>433</sup> *Eb. Schmidt ZStW 49 (1929), p. 377.*

<sup>434</sup> *Eb. Schmidt ZStW 49 (1929), p. 376.*

<sup>435</sup> Así *Lenckner*, p. 62 y nota a pie 69 con otras referencias.

<sup>436</sup> Así *Grünhut ZStW 51 (1936), p. 455; Henkel*, p. 89; *Siegert*, p. 24 s.

<sup>437</sup> *Siegert*, p. 25. Similar vinculación se observaba también en el proyecto de 1962, véase *Lenckner*, p. 63 ss.

## b. § 35 StGB: Estado de necesidad exculpante

La versión actual del § 35 StGB coincide con la del § 40 del proyecto de 1962, el cual impregna el contenido del mismo<sup>438</sup>. La posibilidad de moderación del castigo prevista en el párrafo 2 se vincula a la regulación del estado de necesidad exculpante en el § 23 párrafo 2 del *Alternativ-Entwurf eines StGB* de 1966. El desistimiento sobre una regulación especial para el estado de necesidad por coacción se mantuvo por consenso desde los proyectos preliminares de 1909, en cuya fundamentación siempre se señaló la falta de una autorización interna para tal división<sup>439</sup>. Especialmente en el proyecto de 1962 se consideró como innecesaria una regulación del estado de necesidad por coacción en el sentido del antiguo § 52 StGB pues en tanto una fuerza irresistible no permita al urgido ninguna libertad de resolución, no se puede hablar de una acción en sentido jurídico<sup>440</sup>. Además de la supresión de la regulación especial para el estado de necesidad por coacción, la nueva regulación presentó cambios en otros puntos. Por un lado, se manifiesta de manera expresa que aquellos que cumplan las condiciones del § 35 inc. 1 párrafo 1, actúan sin culpabilidad. Con ello se cambió lo previsto en el antiguo § 54 donde de manera indiferenciada se hablaba de la no existencia de una acción punible.

De esta manera el legislador alemán se ha inclinado expresamente por la teoría de la diferenciación y ha logrado una *extensión sustancial del estado de necesidad exculpante* en el sentido de que a los bienes jurídicos susceptibles de ser salvados en un estado de necesidad según el § 35 StGB también se introduce una particular *noción de libertad* que se fundamenta en el especial significado de libertad del orden básico. El § 35 se diferencia en este sentido del antiguo § 54 en tanto que reconoce no solo la vida o la integridad personal como bienes jurídicos dignos de protección, sino que también adiciona la libertad, la cual tiene un rango de igual valor en el orden de valores desde el proyecto de 1962<sup>441</sup>. El proyecto de 1962 prescindió de otros bienes jurídicos como el honor y la propiedad, con la regulación del estado de necesidad exculpante en el § 40, al contrario de la regulación del estado de necesidad justificante en el § 39 y de proyectos preliminares (§ 22 proyecto de 1925, § 25

---

<sup>438</sup> LK/*Zieschang*, § 35 Entstehungsgeschichte; sobre la evolución de las regulaciones del estado de necesidad exculpante véase también *Bernsmann*, p. 12 ss.

<sup>439</sup> Véase los proyectos preliminares de 1909 p. 246, 1919 p. 35, 1927 p. 22, 1962 p. 161 y el AE p. 59.

<sup>440</sup> Véase E 1962, p. 161.

<sup>441</sup> E 1962, p. 161.

proyecto de 1927/1930)<sup>442</sup>. El efecto al que se hubiera llegado con la extensión del § 40 habría sido que se reconociera en otros campos como causal de exclusión de la culpa la no reprochabilidad de un comportamiento, con lo cual se propiciaría un escenario de cuestionamiento a la seriedad de la amenaza penal<sup>443</sup>.

La extensión del campo de aplicación del estado de necesidad exculpante, abarcó también la posibilidad de ayuda en estado de necesidad, *más allá del círculo familiar*, a las personas que están en la cercanía del autor, con lo que se reconocía que hay casos en los que existe una estrecha convivencia y posiblemente muchas relaciones de orientación en la que la vinculación personal del autor con otras personas era similar a la de un vínculo familiar. Según la motivación recogida con el proyecto de 1962, la presión anímica que es significativa para el estado de necesidad y que da la razón interna para la exculpación del hecho antijurídico, aparece mayormente con los familiares de la persona que sufre un peligro o que están cerca de él. Estas últimas deben entenderse como aquellas que viven en comunidad con el autor en estado de necesidad o que de manera similar a sus familiares están vinculadas al mismo<sup>444</sup>.

El reglamento del estado de necesidad exculpante tiene en cuenta una posición especial en la que el autor puede llegar a ser distanciado del significado jurídico-penal específico de su acción típica, pues no es posible manifestar la libertad exigida con la imputación en la escala de la antijuridicidad. Si se da la imputación del injusto bajo una perspectiva semántica, es decir, según la comprensión de la ejecución sobre el modelo de interpretación del texto de la norma, entonces conserva la imputación de la culpa la manifestación según la cual el comportamiento tiene el significado normativo en una posición competente sobre la norma como estructura jurídica<sup>445</sup>. La norma en su validez como un modelo de orientación general institucionalizado jurídicamente se pone en cuestión. En este marco, el estado de necesidad exculpante señala situaciones (límite) en las que este significado normativo del acontecimiento, como una acción que es una lesión jurídica relevante penalmente, llega a ser revocada porque el contexto del hecho no estuvo completamente disponible al autor y en ese sentido no llega a responder de manera íntegra. La idea básica del § 35 comprende entonces

---

<sup>442</sup> E 1962, p. 161.

<sup>443</sup> E 1962, p. 161.

<sup>444</sup> E 1962, p. 161.

<sup>445</sup> Así MúKoStGB/*Müssig*, § 35 nm. 1 y nota a pie 2 con otras referencias.

que con la evitación de un peligro actual y no evitable de otra manera para los bienes fundamentales del autor o una persona allegada, *la posibilidad de motivarse legalmente* es reducida típicamente a una dimensión o medida insuficiente para un reproche de culpa penal a causa del instinto de conservación o de una estrecha relación, por lo que se llega a negar el elemento de culpa volitivo<sup>446</sup>.

En este sentido, exculpación significaría un “distanciamiento individual que deja intacto una garantía penal generalizada para la forma de interacción social y para la integralidad de las respectivas esferas jurídicas”<sup>447</sup>. Es de resaltar que el § 35 construye dentro de la noción de culpa una causal de exculpación, pues si se diferencia entre causales de exclusión de culpa y de exculpación debe decirse que dicho parágrafo pertenece a estas últimas<sup>448</sup>. Si bien la norma habla en su inc. 1 sobre “*actuar sin culpabilidad*”, ello no dice nada en contra de esta valoración pues evidentemente también con aquellos a cuyo favor opera una causal de exculpación, se parte de un actuar sin culpabilidad jurídico-penalmente relevante. Que ello sea así, se debe al encuentro de dos causales de disminución de culpa en parte con la baja cantidad de injusto y en parte con la especial situación de coacción anímica del autor, con el resultado de que se llega a desistir de la elevación del posible reproche de culpabilidad<sup>449</sup>. En todo caso, la disminución del injusto no es ni necesaria ni la única condición para una exculpación, pues se trata del peligro de bienes fundamentales como la vida, la salud y la libertad y porque la dificultad de motivación para un comportamiento legal no es un asunto meramente psicológico sino que está prevista bajo presupuestos normativos.

## **i. El principio de justificación**

### **aa) Reducción de la capacidad de conducta**

Esta concepción plantea la *ratio* de exculpación no en el ámbito de la falta de necesidad preventiva de la punición, como lo hace la opinión dominante, sino que establece la exención de pena sobre la base de la *reducción de la capacidad de conducta* conforme a la norma. Con ello se daría “un menoscabo normal de la libre determinación de la voluntad causado por especiales circunstancias externas” a partir de las cuales se presentan como no exigible “una

---

<sup>446</sup> Así LK/Zieschang, § 35 nm. 3; también Schönke/Schröder/Lenckner-Perron, § 35 nm. 2a.

<sup>447</sup> MüKoStGB/Müssig, § 35 nm. 3 y nota a pie 8 con otras referencias.

<sup>448</sup> LK/Zieschang, § 35 nm. 5 y nota a pie 12 con referencias a favor de esta apreciación.

<sup>449</sup> Schönke/Schröder/Lenckner-Perron, § 35 nm. 2 con otras referencias.

conducta conforme a la norma, teniendo en cuenta el instinto de conservación”<sup>450</sup>. En ese sentido, para esta teoría, el carácter extraordinario de la presión anímica exculparía la infracción de la norma<sup>451</sup>. Ésta, también llamada *teoría psicológica*, que se desprende de la facultad que posee la presión anímica para aminorar la libre determinación, tiene una alta tradición<sup>452</sup> y fue fundamental para los antiguos §§ 52 y 54 StGB como punto de orientación.

Esta teoría ha sido criticada por los déficits de su fundamentación para explicar la exención de pena. Por un lado, se señala su falta de desarrollo para aclarar las razones por las que las restricciones de la libertad de decisión excluyen la pena en vez de solo rebajarla y tampoco advierte el fundamento de las excepciones que se realizan en el § 35 I 2 sobre el fundamento de la presión anímica que es igual para el sujeto en dichos casos<sup>453</sup>. Por otro lado, “sigue siendo incomprensible desde esta perspectiva, por qué el § 35 II exculpa el error solo en caso de invencibilidad, pues la presión psíquica es la misma, tanto si existe verdaderamente la situación de necesidad como si el sujeto la supone por error vencible o invencible”<sup>454</sup>. En síntesis, *la teoría psicológica no puede explicar la regulación del § 35 en sus partes decisivas*. Los posibles aportes sobre interpretaciones teleológicas de las preguntas abiertas del § 35 no pueden llegar a esperarse a partir de esta teoría. Además, el significado psicológico del estado de necesidad ha fijado la atención sobre la psicología de la reacción frente a catástrofes, las que en el campo de la omisión y fragmentariamente también con hechos dolosos puede aportar con el análisis de la acción y por lo mismo es de considerarse en el entorno de una teoría del estado de necesidad de un bien jurídico específico<sup>455</sup>.

## **bb) Teoría normativa del estado de necesidad**

La idea del estado de necesidad sobre un bien jurídico específico fue asociada con la *noción de inexigibilidad*<sup>456</sup>. Especialmente en la época de la república de Weimar, muchos autores interpretaron los §§ 52 y 54 como tipificación de un elemento de culpabilidad normativo general de la excluida exigibilidad y extendieron el instituto de la inexigibilidad al campo de

---

<sup>450</sup> Véase RGSt 66, 222 s., 225; *Bernsmann*, p. 178 nota a pie 17 con más referencias.

<sup>451</sup> Véase RGSt 66, 397 s., 398 citado también por *Roxin*, § 22 nm. 7.

<sup>452</sup> Entre otros *Feuerbach*, § 91; *Köstlin* 1855, p. 114 nota a pie 2 s.; *Hälschner*, p. 492; para más referencias véase *Bernsmann*, p. 178 nota a pie 21.

<sup>453</sup> Así *Roxin*, § 22 nm. 7; *el mismo* FS Henkel, p. 182.

<sup>454</sup> *Roxin*, § 22 nm. 7; así también *Bernsman*, p. 184.

<sup>455</sup> Así *Bernsman*, p. 185 con nota a pie 56.

<sup>456</sup> Dicha introducción se debe a *Geyer* en HHDS, p. 94.

la liberación de la pena en los casos de estado de necesidad<sup>457</sup>. En su evolución pueden mencionarse dos *tendencias* claras de la doctrina de la inexigibilidad: *una individual*, desde el punto de vista alusivo a la constitución psíquica concreta del actuante, para la que la doctrina de *Freudenthal* sobre la exigibilidad. Por otro lado, ofreció una *interpretación generalizante* con la que se hace al “poder o capacidad promedio” una medida de exigibilidad<sup>458</sup>. Luego de la degradación de la inexigibilidad como instituto general y supralegal en una mera declaración regulativa<sup>459</sup>, dichas posiciones se conservaron a sabiendas también de que no llegarían a ser usadas para trascender la ley escrita, sino solo para aclarar el significado de la norma. La discusión sobre la interpretación psicológica del estado de necesidad se dejó ver como una continuación de la doctrina de *Freudenthal* en los límites del derecho positivo, mientras una doctrina fundada preferentemente por *Bockelmann* y *Gallas* quiso deducir de la no punibilidad de las acciones en estado de necesidad que la urgencia sobre un bien jurídico específico sobreexigiría a cualquier ciudadano. Estos autores vincularon a la doctrina de la inexigibilidad un toque político criminal: un derecho penal que en determinadas situaciones criminalizaría a cualquiera, tiene una baja capacidad de consenso y requiere por lo mismo una norma que revoque la criminalidad general potencialmente dependiente de las situaciones. Para *Goldschmidt*<sup>460</sup> y *Freudenthal*<sup>461</sup>, la inexigibilidad fue el medio para la conservación de la confianza general en el derecho; con *Bockelmann*<sup>462</sup> y *Gallas*<sup>463</sup>, el estado de necesidad exculpante regulado en la ley es la norma que satisface esta función<sup>464</sup>.

### cc) § 35 como disminuyente de injusto y de culpabilidad

Los representantes de esta teoría parten de conciliar diferentes aspectos teóricos y vinculan estos a un nuevo concepto. Su resultado es respectivamente *ecléctico*. El estado de necesidad llega a ser una figura relativa a la culpa y al injusto que opera como una causal de

---

<sup>457</sup> Sobre esto véase *in extenso* *Achenbach*, p. 143 ss.

<sup>458</sup> *Achenbach*, p. 143 ss.; *Bernsmann*, p. 186.

<sup>459</sup> *Roxin* FS Henkel, p. 173; *Schönke/Schröder/Lenckner*, Vor § 32 nm. 123.

<sup>460</sup> *Goldschmidt* DStrRZ 9 (1922), p. 250 s.

<sup>461</sup> *Freudenthal*, p. 1 ss.

<sup>462</sup> *Bockelmann*, 1957 p. 84 s.

<sup>463</sup> *Gallas* FS Mezger, p. 323 s.

<sup>464</sup> Sobre los detalles de las doctrinas aludidas *Bernsmann*, p. 187 ss.

exculpación<sup>465</sup>. Para esta doctrina, la inexigibilidad representa solo la idea fundamental del reglamento del § 35. A partir de teorías normativas y psicológicas del estado de necesidad se establece que es posible también manifestarse sobre la concreta motivación y libertad de acción del autor en estado de necesidad. La doctrina normativa llega a aceptar que la libertad de acción en situaciones de estado de necesidad no se revoca sino que solo llega a limitarse<sup>466</sup>. De la resultante reducción de la normal posibilidad de acción se sigue una disminución de culpa, que fundamenta el § 35 inc. 1 frase 1. Un efecto exculpante se da mucho más cuando, fuera de la culpa, también el injusto del hecho en estado de necesidad llega a ser disminuido tanto en la forma del desvalor de acción como del resultado. El desvalor del resultado se deduce porque el actuante conserva un bien jurídico y con ello compensa básicamente la ilicitud resultante del hecho, mientras se acepte una disminución de la ilicitud del hecho, pues la acción salvadora necesariamente llega a ser acaecida o traída por la voluntad para asegurar un bien jurídico.

Esta teoría, que actualmente se considera *dominante*, parte entonces de una *doble reducción de la culpabilidad*. Por un lado, ello se produciría a causa de la presión anímica y, por otro lado, con la lesión de un bien jurídico se estaría preservando otro. La disminución o reducción del injusto por medio de la salvación de un bien jurídico conduciría asimismo a la reducción de culpabilidad. Sin embargo, se considera discutible de esta corriente el hecho de que ésta *no satisface las exigencias como teoría dogmática*. El fundamento de la impunidad de las acciones en estado de necesidad se consideró impreciso<sup>467</sup>. “Es verdad que puede explicar los casos de falta de exculpación del § 35 I 2 como constelación del injusto agravado por otras razones y por ello más merecedor de pena, mientras que el § 35 II halla desde esta posición su explicación en que en los casos de error no se preserva ningún bien jurídico. Pero en tal caso sigue siendo incongruente que según el § 35 I 1 también se exculpe la tentativa fallida de salvación, en la que igualmente falta el valor positivo del resultado”<sup>468</sup>. La crítica a esta teoría va dirigida a cuestionar que la *reducción del injusto sea un factor primario en la determinación de la exención de pena* según el § 35, en tanto ello no se atiende exclusivamente

---

<sup>465</sup> Entre otros véase Schönke/Schröder/Lenckner, Vor § 32 nm 111; Lenckner, p. 35 ss.; Rudolphi ZStW 78 (1966), p. 81 s.; Jeschek/Weigend, p. 432 s.; Welzel, p. 178 s.; Küper JuS 1971, p. 477; más referencias en Bernsmann, p. 204 nota a pie 170.

<sup>466</sup> Rudolphi ZStW 78 (1966), p. 85.

<sup>467</sup> Véase por todas las críticas Bernsmann, pp. 205-213.

<sup>468</sup> Roxin, § 22 nm. 9. Así también Jakobs 20/3.

a lo que llega a ser conservado por el sujeto que actúa en estado de necesidad, sino, también, “de la magnitud del *plus* de bienes jurídicos que lesiona”<sup>469</sup>.

## ii. Exclusión de responsabilidad a partir de los fines de la pena

### aa) El enfoque de Roxin

*Roxin* considera fundamental la noción de culpa, en el sentido de poder actuar de otra manera. Sin embargo, para él la existencia de esta culpa no es ninguna condición suficiente para la determinación de la pena<sup>470</sup>. *La determinación de la pena se coloca mucho más bajo la reserva de la responsabilidad*<sup>471</sup>, lo que corrige la imputación subjetiva según la medida de la necesidad preventivo general y especial. Esta responsabilidad puede faltar a pesar de la existencia de culpabilidad y por lo tanto excluir de pena. La misma puede llegar a afirmarse bajo indicios preventivo especiales, aunque empíricamente no pueda excluirse la posibilidad de que el hecho fue *in concreto* inevitable para el actuante<sup>472</sup>. Este enfoque deduce la exclusión de punibilidad conforme al § 35 I 1 de la *falta de una necesidad de prevención general y especial*, en tanto que aquellos casos en los que la punibilidad solo es disminuida se deben a necesidades preventivo generales: “el deber del estado de proteger bienes jurídicos no permite que personas que tienen la función de hacer frente al peligro puedan eludir impunemente sus deberes (§ 35 I 2); el mantenimiento del orden pacífico prohíbe también que las personas que por sí mismas han provocado culpablemente un peligro (§ 35 I 2) o lo suponen equivocadamente (§ 35 II) puedan invocar sin más el § 35”<sup>473</sup>.

### bb) El enfoque de *Jakobs* y *Timpe*

*Jakobs*<sup>474</sup> y *Timpe*<sup>475</sup> comparten la posibilidad de fundamentar la exclusión de responsabilidad penal a partir del recurso a la teoría de los fines de la pena. La diferencia con el enfoque de *Roxin* radica en que *se parte del concepto funcional de culpabilidad* de *Jakobs*, según el cual la prescripción del § 35 viene a ser explicado fundamentalmente *sobre la base de ausencia o*

---

<sup>469</sup> *Jakobs*, 20/3; *Roxin*, § 22 nm. 10.

<sup>470</sup> *Roxin* FS Bockelmann, p. 285.

<sup>471</sup> *Roxin* FS Henkel, p. 171.

<sup>472</sup> *Roxin* FS Bockelmann, p. 291.

<sup>473</sup> *Roxin*, § 22 nm. 11.

<sup>474</sup> *Jakobs*, 20/4.

<sup>475</sup> *Timpe*, 294 ss.

*existencia de necesidades preventivo generales*, descartando la necesidad de carácter preventivo especial de la intervención punitiva como fundamento de exención de pena. Para Jakobs, es posible definir una reacción del autor como adecuada en los casos en que el mismo no es responsable de ella, de tal manera que la exculpación se obtendría a partir del conflicto anímico y la disminución del injusto, solo si dicho conflicto es posible solucionarlo como un conflicto que sucede inopinada y casualmente o atribuir a otro<sup>476</sup>. El punto de vista rector, en concordancia con el concepto funcional de culpabilidad, “es siempre el de si en la exculpación concreta el ámbito vital respectivo sigue siendo jurídicamente organizable; con otras palabras, el aspecto de prevención general”<sup>477</sup>. Asimismo, “si cabe exigirle al autor que asuma el peligro (más exactamente, si el conflicto no se puede desplazar a otros sistemas ni aclarar como fortuito), se puede atenuar el marco penal a tenor del § 35, párrafo 1, inciso 2, en conexión con el § 49.1 StGB”<sup>478</sup>.

### cc) Crítica de *Bernsmann*

Para Bernsmann<sup>479</sup>, “se puede estar por completo de acuerdo con las deducciones preventivo-generales y preventivo-especiales de Roxin; sin embargo, el principio en ellas empleado es a la postre tan poco preciso y tan abierto en cuanto a su contenido que se torna inidóneo para deducir de él los límites de la exención de pena”<sup>480</sup>. Según él, hacer un *fin de la pena empíricamente no constatable*, un instrumento de las operaciones dogmático sistemáticas, llega a ser más cuestionable de lo que podría ser la incorporación en el derecho penal material de cada fin de la pena representable o realizable político criminalmente. Esto postula la dogmática del peligro permanente como una variable político criminal, en vez de indicar la misma a partir de sus límites<sup>481</sup>. Asimismo, la argumentación con la prevención general se mueve sobre presupuestos inseguros, pues es aún inconstatable si autores potenciales en estado de necesidad son intimidables o de posible disuasión por medio del castigo de otras personas<sup>482</sup>. De la misma manera, sobre la interpretación preventivo-general del estado de necesidad en Jakobs, se advierte que la misma incorpora una serie de *fricciones con la norma*

---

<sup>476</sup> Jakobs, 20/4.

<sup>477</sup> Jakobs, 20/4.

<sup>478</sup> Jakobs, 20/19.

<sup>479</sup> *In extenso Bernsmann* crítica a Roxin, pp. 216-225 y crítica a Jakobs, pp. 227-233.

<sup>480</sup> Bernsmann, p. 220.

<sup>481</sup> Bernsmann, p. 221.

<sup>482</sup> Bernsmann, p. 221.

y no está libre de autocontradicciones. Las condiciones de una teoría del estado de necesidad exculpante no llegan a ser satisfechas desde este punto de vista<sup>483</sup>.

Pasando por una extensa crítica a los diferentes intentos de fundamentación del estado de necesidad exculpante, Bernsmann plantea a partir del ejemplo del estado de necesidad del bien jurídico vida la posibilidad de concretar las *bases de una teoría del estado de necesidad* según el § 35 StGB. Según él, este estado de necesidad encuentra una consolidación determinada *interdisciplinariamente* y una interpretación constitucional que lo respalda, que es inmune contra la sicologización del estado de necesidad exculpante y a cálculos del quantum del injusto y de la culpa cuantificadores y adecuados a una situación específica<sup>484</sup>. La posibilidad de defender la vida sin sanción contra todos y todo se deriva de la particularidad, es decir, de la calidad específica - teórico estatal y constitucional - del bien defendido. Su anunciada tesis sobre el estado de necesidad alude a una *radical pronunciación del valor de la vida*. Con ello se insiste que la vida es el bien más alto y que como bien pre y sobreestatal sostiene una disponibilidad definitiva por medio del estado. El Estado tiene que proteger y cuidar la vida y no puede bajo ninguna circunstancia requerir la aceptación de la muerte con castigo. Por esta razón, la regulación sobre el estado de necesidad en relación a la vida no puede ser contemplada como pragmática ni como una regulación adaptable a un clima histórico y socio-psicológico funcional que fuera accesible para otras decisiones legislativas<sup>485</sup>.

De su contemplación teórica sobre el estado de necesidad con el bien jurídico vida en conexión con el § 35 inc. 1 frase 1, es de resaltar cómo la misma intenta aclarar todas las formas de salvación de la vida frente a un estado de necesidad, cuya fundamentación extra penal facilita una clasificación valorable y una diferenciación material de las diferentes formas de aparición del estado de necesidad. La teoría de la diferenciación del estado de necesidad presentada por Bernsmann no es nueva pero, sin embargo, muestra el empeño de que el estado de necesidad no solo puede repercutir como justificante o exculpante, sino que puede facilitar un *trato más exacto y consciente metodológicamente* de la ubicación sistemática de estas causales.

---

<sup>483</sup> Bernsmann, p. 233.

<sup>484</sup> Bernsmann, p. 307.

<sup>485</sup> Bernsmann, p. 308.

## C. Conclusiones

La evolución de los enfoques acerca del concepto de estado de necesidad y de las explicaciones de la acción necesaria, en tanto acto que marginaliza el derecho como límite de la conducta, ha determinado el desarrollo de las discusiones sobre el fundamento de impunidad y de las teorías acerca de la ubicación sistemática del estado de necesidad como eximente de la pena. La conceptualización del estado de necesidad y la teorización de la exclusión de responsabilidad penal a partir del mismo fue un resultado tardío que estuvo precedido por un *tratamiento casuístico* de las circunstancias de necesidad humana.

En el *derecho romano*, el tratamiento de casos especiales y sin aplicación genérica fue la constancia. En los desarrollos posteriores a los inicios jurídicos, como en el *derecho canónico*, se hace una referencia muy general al tratamiento de la necesidad. El mismo contuvo especiales disposiciones sobre el hurto en estado de necesidad. Solo en el *antiguo derecho alemán* se reconoce el estado de necesidad en casos individuales como una razón de exención de la pena. Una evolución respecto al proceder casuístico se constata solo en la doctrina desarrollada durante la recepción del derecho romano. En dicha recepción tiene sus inicios el derecho penal común alemán, que tuvo como punto de partida la *Constitutio Criminalis Carolina (Halsgerichtsordnung Karls V)*. El raciocinio sobre las situaciones de estado de necesidad se construyó especialmente a partir de las regulaciones al tratamiento del hurto famélico (art. 166). Las consideraciones de la Constitución Carolina sobre la acción necesaria tuvieron una aplicación extensiva al hurto para proveer alimentos y a la irrupción en propiedad ajena para conservar la vida. Posteriormente, el *derecho natural* orientó a la ciencia penal a introducir nuevos esfuerzos para la interpretación de la noción *necessitas*. En las discusiones jugó un destacado rol la idea de “instinto de conservación” y el *ius et favor necessitates*.

Pufendorf y J. S. F. Böhmer consolidaron los primeros intentos de justificación. J. S. F. Böhmer derivó la falta de sanción del acto producto del estado de necesidad a partir de que el derecho natural a la autoconservación suspende o suprime la calidad injusta del dolo. El caso de la “*tabla de Carnéades*” introducida por Pufendorf se consolidó como uno más de los ejemplos de la doctrina del estado de necesidad. Especial referencia a este caso hizo Kant, quien llegó al resultado según el cual la amenaza de la pena por medio de la ley no podía ser más grande que el resultado inmediato de perder la vida. El estado de necesidad llega a ser

presentado por Kant como un fenómeno salido del *imperativo categórico* y, por lo tanto, desvinculado de la razón de ser del derecho. Para Kant el *derecho de necesidad* es como un *derecho ambiguo*, en tanto representa una acción externa sobre el fundamento de una coacción y no de un imperativo categórico como la ley penal (*necessitas non habet legem*). Para Kant la pregunta por la sanción no se resuelve en el plano objetivo, sino *subjetivo*. La exención de la pena se deduce desde el punto de vista psicológico pues la norma penal no tiene la capacidad de coacción suficiente en los casos de estado de necesidad.

Sus sucesores eliminaron la construcción del imperativo categórico sobre el plano metafísico y colocaron en lugar de la antijuridicidad trascendente una *antijuridicidad moral*, es decir, una antijuridicidad objetiva en el sentido de una lesión de bienes jurídicos. Las teorías posteriores se orientaron al argumento de la equidad a partir de una coacción irresistible. La acción necesaria no puede ser castigada por *motivos de equidad*, pues la ley penal solo puede operar frente a tipos promedio y no puede exigir heroísmo (teoría de la equidad).

Para Fichte, en los casos de estado de necesidad el ordenamiento jurídico *suspende sus reglas* (mandatos y prohibiciones) dejando la resolución de las situaciones en estado de necesidad en mano de la conciencia del sujeto. Fichte planteó el derecho de necesidad como el derecho a considerarse totalmente *exento de toda legislación*. Solo la doctrina de la coacción compulsiva de Feuerbach dio un paso más adelante. Feuerbach consideró que la persona se encontraba en un estado en la que se *suprime la posible vigencia de la norma penal* ante el desespero y para ello la culpa, como razón subjetiva general de sanción penal, puede ser excluida junto con la imputabilidad (teoría de la coacción). En los movimientos alternativos entre coacción y libertad del arbitrio se puede encontrar en Filangieri un *enfoque ecléctico*, según el cual acciones involuntarias no pueden llegar a ser imputadas, ya que la violencia excluye la libertad de acción y se constituye en el impulso de una fuerza externa que desestima la renuencia de nuestra voluntad. A ese tipo de acciones llamó Filangieri *acciones mixtas*, como una categoría a la que pertenecen la urgencia y la coacción psicológica. Al contrario de una posición ecléctica, Geyer reprodujo la idea según la cual en el estado de necesidad debe ser vista la *acción coactiva compulsiva*. La necesidad como también la amenaza son factores que repercuten síquicamente sobre el autor, que él no puede recrear ninguna o solo alguna parte de su voluntad en el yo. Ello determina la punibilidad o no.

Los vacíos dejados por la doctrina basada en los postulados de Kant y Feuerbach en lo referente a su fundamentación y la colocación dogmática de sus predicados, alentó una reacción que tuvo como presupuesto la concepción filosófica Hegeliana (enfoques objetivos). Hegel pronunció por primera vez la posibilidad de un efecto justificante objetivo del estado de necesidad desarrollado en la colisión vida – propiedad (*colisión de derechos*). La existencia personal adquiere un efectivo derecho de necesidad en aquellas situaciones en las que enfrenta un peligro definitivo, es decir, que cuestiona la continuidad de la vida en la colisión con la propiedad jurídica de otro. En estos casos se da, por un lado, la irreparable lesión de la existencia y con ello la total ausencia o privación de derechos y, por otro lado, la lesión de una limitada existencia de la libertad. Esta formulación contiene los fundamentos de la *teoría de la ponderación de bienes* y el reconocimiento de una facultad en estado de necesidad basada en el aseguramiento del valor más alto. La teoría de Hegel encontró acogida en la ciencia penal como lo constata Abegg, Marezoll y sobre todo Köstlin.

La primera variante a la formulación hegeliana la hizo Luden. Para Luden, el estado de necesidad es un caso de autoconservación frente a una acción contraria a un mandato normativo. La *acción en estado de necesidad* está exenta de pena porque es una acción *sin determinación criminal de la voluntad*. También Baumeister desarrolla un enfoque disidente al de Hegel en lo relativo al estado de necesidad. Si bien continúa con el presupuesto de la discusión moral, se adentra en la necesidad de permanencia o *continuidad de la moral* como razón que explica la falta de sanción penal en los casos de estado de necesidad. Según Baumeister deben justificarse las acciones para la autoconservación, pues es un mandato moral general que permite la continuidad de la *autonomía de la personalidad*. También disidente fue el planteamiento de Hälschner, para quién la colisión en estado de necesidad tiene un significado jurídico pues se trata del conflicto del derecho formal con el *bienestar humano*. En esa misma línea, afirma Berner que sería una gran insensatez sacrificar la vida donde puede llegar a ser conservada por medio de una intervención poco significativa en el derecho. El Estado y la ley no deben sancionar la *insensatez* sino lo *sensato*. Con este soporte, Berner habla de un *derecho de necesidad extendido*, el cual tiene validez frente a cualquier peligro. Meyer descarta todos los momentos de determinación positiva y ubica la razón de la exención de la pena en la *consideración negativa* de que las acciones cometidas en estado de necesidad fundamentalmente no poseen el mismo alcance para el ordenamiento jurídico.

La teoría unitaria o de la unidad recoge un *principio de resolución disyuntivo* según el cual el estado de necesidad sería una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad, sin considerar ninguna divergencia en la naturaleza jurídica de las acciones cometidas en estado de necesidad. Este enfoque se califica como el primer intento teórico en la sistemática del hecho punible que extiende un puente entre las concepciones iusfilosóficas subjetivas y objetivas que pretenden explicar el porqué de la exención de la pena en los casos de estado de necesidad. La objeción que planteaba la doctrina unitaria, según la cual una concepción diferente de las prescripciones positivas sobre el estado de necesidad conducía teórica y prácticamente a resultados insostenibles, fue una crítica sin los cimientos suficientes. A pesar de la diferencia en los fundamentos de las materias civil y penal sobre estado de necesidad, si fue posible una división de los campos de aplicación. A ello condujo a la doctrina diferenciadora que se esforzó por elaborar respectivos presupuestos para ambos campos de las regulaciones positivas sobre estado de necesidad. La diferenciación en las clases del estado de necesidad es uno de los grandes rendimientos de la *evolución dogmática penal alemana*. Esta teoría se remonta a *Berner* y como término fue expresamente utilizado por primera vez en la obra de *Liszt/Schmidt*. Sin embargo, el proceso concreto de fundamentación se debe además a *J. Goldschmidt, Graf zu Dohna, Henkel, R. Merkel y Eb. Schmidt*, así como al *Reichgericht*, a quienes se les nombra como *padres de la teoría diferenciadora*.

Este enfoque diferenciador no fue un mero resultado de la continuación de dichas discusiones teóricas sobre el tema, sino, también, en su formación tiene una determinante influencia el acercamiento a las *comprensiones materiales de la antijuridicidad*, orientada a la *dañosidad social*, junto a una *concepción normativa de la culpa* que llega a considerar como exculpante ciertas escalas en los conflictos anímicos. Este enfoque ha determinado decisivamente los desarrollos contemporáneos a pesar de todas las controversias sobre el principio fundamentador (ponderación de bienes jurídicos, ponderación de intereses, la teoría del fin, no exigibilidad, etc.), y finalmente ha encontrado lugar en los códigos penales, destacándose la regulación hecha por el StGB alemán en los §§ 34 y 35. La teoría de la diferenciación propició la distinción que descomponía la noción unificadora de estado de necesidad en dos tipos, uno justificante y otro exculpante. Esto fue posible cuando fueron interpretados como *aspectos complementarios* la ponderación de bienes y fines (ponderación de intereses y relación medio-fin) y la motivación psicológica subjetiva. De esta manera, se reconoció la

necesidad de diferenciación y se pudo discutir la estructura del *principio de justificación* (ponderación de intereses, relación medio-fin y combinación de ambos principios).

## Capítulo Tercero

### Nuevos intentos de justificación del estado de necesidad

#### A. Nuevos intentos de fundamentación

##### I. Anotación Preliminar: Los problemas de justificación

La introducción del enfoque diferenciador en el sistema del hecho punible tiene lugar por medio de la ubicación del estado de necesidad ya en el injusto o en la culpabilidad sobre la base inicial de los principios vinculados al mismo (ponderación de intereses, relación medio-fin y motivación o fin) y actualmente con arraigo en los §§ 34 y 35 StGB. Esta diferenciación entre justificación y exculpación deja ver una cierta forma de “compromiso” o “conciliación” entre las diferentes teorías sobre el estado de necesidad con la apertura de justificaciones no absolutas. Esto permitió que se extendiera considerablemente el espectro de relevancia legal de los casos de estado de necesidad, ampliando así de manera importante el número de asuntos de posible tratamiento bajo esta causal. Sin embargo, un desarrollo riguroso de los fundamentos del estado de necesidad a nivel jurídico-penal y, paralelo a ello, las bases de la teoría de la diferenciación, más allá de la descripción de su desarrollo histórico, no ha sido logrado en la doctrina jurídico-penal.

Si bien parece claro que en el campo del desistimiento del juicio de culpabilidad y pena, el ordenamiento jurídico prescribe una reacción proporcionada a la situación sobre la base de la necesidad como exculpante, cuando el autor ejecuta algo prohibido en medio del conflicto de los bienes jurídicos, pero solo hasta el límite que la fuerza preventiva de la norma penal lo permite para que la misma no se vea afectada fuertemente<sup>486</sup>. Sin embargo, especialmente en lo relativo al estado de necesidad justificante, *los intentos de fundamentación no han sido completamente claros*. Normalmente se ha aclarado que en el estado de necesidad justificante regulado por el § 34 se expresa la posibilidad de protección del bien amenazado, pero no se dice nada sobre el principio de preservación y con ello sobre la fundamentación del estado de necesidad justificante<sup>487</sup>. Si bien el marco de fundamentación se resigna ante la aparente posibilidad inmediata del principio de ponderación de intereses, más allá no se aclara por qué

---

<sup>486</sup> Así Küper JuS 1987, p. 86 y nota a pie 64; Kühl FS Lenckner, p. 149.

<sup>487</sup> Así Meißner, p. 122; Küper JZ 2005, p. 107; Küper JuS 1987, p. 88; Lenckner, p. 47; Schönke/Schröder/Lenckner, § 34 nm. 1.

se sacrifica un bien jurídico para preservar otro ante la urgencia o necesidad. La ponderación de intereses solo responde a la pregunta sobre si el ordenamiento jurídico acepta como adecuado las acciones en estado de necesidad bajo la consideración de todos los puntos de vista determinantes o decisivos<sup>488</sup>.

Adicional al problema de la justificación interna, tampoco es completamente claro *por qué se entiende legítimo extender a la comunidad o a un individuo el perjuicio del involucrado* en el estado de necesidad. Es evidente que no todos los casos de estado de necesidad pueden tener el efecto de poner fuera de validez una prohibición penal para ampliar la facultad de descargar el propio perjuicio a un grupo o a un particular, pues una socialización comprensiva de situaciones de peligro se convertiría en el final de cualquier perfil liberal del ordenamiento jurídico<sup>489</sup>, sin embargo, *no es clara la justificación externa* en el sentido de advertir los límites hasta los que sería posible soportar un perjuicio como consecuencia de un estado de necesidad. Por encima de ello, en todo caso, el problema central de la fundamentación del estado de necesidad radica en la pregunta sobre *por qué se puede conferir un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos*. Esta pregunta ha sido más omitida que aclarada en las discusiones ampliamente ramificadas, que condujeron a una “síntesis contradictoria” en la forma de la doctrina de la diferenciación<sup>490</sup>, ni se ha resuelto desde este punto de vista ni desde la teoría del fin.

Si bien hay diferentes intentos, por ejemplo, como el de *Graf zu Dohna*<sup>491</sup> en conexión a la teoría de *Geyer*, los mismos no son completamente abarcables dogmáticamente. Las diferentes teorías sobre la ubicación sistemática o la fundamentación del problema de justificación muestran que se desiste de una explicación de sus cimientos o los mismos se apoyan relativamente solo en el texto de la norma para explicar la justificación básica de las acciones en estado de necesidad. Una fundamentación racional tampoco es posible encontrar en aquellos que han sido llamados los *padres de la teoría diferenciadora*. En cierta parte de la doctrina, incluso, se argumenta con cierta resignación que en el intento de fundamentación del estado de necesidad justificante, la sociedad no puede llegar a decidir de otra manera en los

---

<sup>488</sup> Véase *Jescheck*, § 33 I 1; así *Meißner*, p. 122.

<sup>489</sup> *Küper* JuS 1987, p. 88 y nota a pie 40.

<sup>490</sup> *Küper* JuS 1987, p. 86; *Meißner*, p. 122.

<sup>491</sup> Véase *Graf zu Dohna*, p. 125.

casos de colisión de bienes a como lo haría un particular cuando su interés entra en conflicto dando prioridad al interés de más valor<sup>492</sup>. El estado de necesidad justificante, con la primacía del interés de mayor valor, impone una *obligación de solidaridad*, no moral sino ya jurídica para soportar la conservación de intereses ajenos. Esta *tendencia colectivista y utilitarista* está implícita en la fundamentación del estado de necesidad<sup>493</sup>.

En respuesta a esta problemática, los intentos de fundamentación se han orientado, por un lado, a explicar las razones por las que prima el interés mayor. Para ello se parte de dos nociones implícitas en el principio de justificación: *solidaridad* y *utilidad social*. Por otro lado, se han hecho esfuerzos por retomar la doctrina hegeliana para entender, a partir de sus fundamentos, por qué en la colisión de bienes o intereses prima el de mayor valor (*Pawlik/Kühl*). Asimismo, se resaltan las discusiones que intentan retomar la teoría unitaria para clasificar el estado de necesidad como un problema de justificación (*Gimbernat Ordeig*)<sup>494</sup>.

## **II. Fundamentación desde la solidaridad y la utilidad social**

### **1. Fundamentación externa desde la solidaridad**

En este enfoque se ha intentado colocar la fundamentación del principio justificante del estado de necesidad regulado por el § 34 fuera de la norma. Con ello se externaliza el problema, colocando un *deber de solidaridad que justifica la intervención en los bienes jurídicos ajenos*. Este problema fundamental se percibe de manera especial en la colisión de bienes jurídicos individuales, en la situación del estado de necesidad agresivo, cuando el autor lesiona un bien jurídico ajeno para la conservación de un interés propio o extraño, de cuya esfera no se desprende ningún peligro<sup>495</sup>. En estos casos el autor lesiona la delimitación general de las esferas jurídicas haciendo como propia la exigencia de solidaridad ajena por medio de la descarga del perjuicio, que amenaza sobre un bien neutral y jurídicamente garantizado. En otras palabras, el autor en estado de necesidad usurpa, para neutralizar un

---

<sup>492</sup> Merkel, p. 41 s; Graf zu Dohna, p. 127.

<sup>493</sup> Hruschka, p. 1125; Küper JZ 2005, p. 105 con más referencias.

<sup>494</sup> También, ya no desde el plano de la justificación, sino de la exculpación, es de nombrar a Bernsmann y los esfuerzos interdisciplinarios para entender la legitimación del § 35 StGB. Sobre Bernsmann véase ya *supra* Cap. 2 B II 2 b ii cc).

<sup>495</sup> Véase Küper 1979, p. 66 ss. con más referencias.

peligro que él normalmente debería soportar, una posición particular más allá del ordenamiento jurídico. Con la justificación de la intervención se llega a reconocer forzada o excepcionalmente la legitimación de ese estatus especial, sin que quede claro la justificación de ese privilegio.

La *noción de solidaridad* ha sido entendida de diferentes maneras. Según *Lenckner*, con la colisión de intereses individualizados, el derecho penal exige en cierta medida un altruismo. Esta disposición de la víctima, es una disposición para la permanencia de la comunidad jurídica<sup>496</sup>. *Küper* habla de un derecho de solidaridad que a los particulares se les ha concedido para la evitación de un peligro que llega a amenazarlos. Con ello se da una dependencia de solidaridad de los otros portadores de bienes jurídicos en determinadas situaciones a la cual corresponde un deber de tolerancia desde la solidaridad<sup>497</sup>. *Jakobs* nombra ello como la solidaridad recíproca de los sometidos jurídicamente que conlleva a un especial y mejor balance general o total<sup>498</sup>. Contra esta interpretación se han levantado ya algunas críticas. Por un lado, un intento similar se deja ver en el tipo penal que regula la omisión de socorro (§ 323 c), donde se describe como bien jurídico la solidaridad humana. Allí, con el deber de una acción de socorro, se entiende analógicamente la validez del deber de tolerancia, pues se trata de la evitación de un perjuicio o la minimización del mismo<sup>499</sup>. Semejante analogía se critica argumentando que estos deberes morales humanitarios no pueden llegar a ser exigidos por la norma, sino que deben ser el resultado de una decisión libre. *El altruismo como deber jurídico es contradictorio* pues a la humanidad no se le puede coaccionar a ello. Además, el altruismo no tiene nada que ver con el cálculo de intereses natural en el principio de justificación<sup>500</sup>.

## 2. El utilitarismo social

En un sentido complementario al enfoque sobre solidaridad, la idea de utilidad social se considera como uno de los fundamentos del estado de necesidad justificante. En este sentido se interpretan las colisiones y conflictos propios del estado de necesidad como una “*economía*

---

<sup>496</sup> *Lenckner*, p. 49.

<sup>497</sup> *Küper* JuS 1987, p. 87; *Küper* 1979, p. 93.

<sup>498</sup> *Jakobs*, 13/1.

<sup>499</sup> Así *Hruschka* JuS 1979, p. 385; *Meißner*, p. 129.

<sup>500</sup> *Meißner*, p. 130.

*general de los bienes*” desde el punto de vista del “mayor valor”. Esta idea se ha presentado explícitamente por *Hruschka*<sup>501</sup>, quien considera la doctrina de la ponderación de intereses como un principio utilitarista. Con ello opina, que la idea del § 34 es utilitarista en tanto *la compensación de intereses da la facultad de descargar el peligro en otro*. Con ello se decide por la mayor utilidad al menor costo. Este enfoque orientado a la utilidad se critica por contradecir la convicción moral fundamental de nuestro círculo cultural impregnado por el humanitarismo<sup>502</sup>. Por otro lado, se señala que dicho enfoque si bien su terminología recurre a un modelo de fundamentación utilitarista, la misma no se puede ejecutar o llevar a cabo. El sistema así presentado, principalmente por *Hruschka*, se basa en una argumentación muy formal a partir de la construcción de un sistema de deberes especiales y concretos, sin considerar el contexto total del sistema penal, subordinando la decisión material del legislador al mismo<sup>503</sup>. Por lo mismo, no se llega a un necesario proceder teleológico con la interpretación, sino que el análisis lógico utilitarista sirve solo a auto propósitos formales, propios del sistema de deberes<sup>504</sup>.

### **III. Reinterpretación del derecho de necesidad en *Pawlik***

#### **1. Sobre la colisión de derecho abstracto y bienestar**

El trabajo de *Pawlik* es calificado como el primero que logra una explicación exhaustiva no solo de la compleja dogmática de la causa de justificación sino también de su legitimación general<sup>505</sup>. El autor propone en su trabajo abordar el dilema de legitimación del estado de necesidad justificante en una explícita legitimación teórica liberal, que supuestamente se encontraría en la filosofía jurídica de Hegel. La interpretación de la doctrina del derecho de necesidad de Hegel, cuyo propio contenido no ha sido muy claro hasta hoy, toma una dirección muy diferente. Él no parte del análisis de dicha doctrina como un problema especial de toma de posición de Hegel sobre el caso particular del derecho de necesidad, sino que su intento va más allá y busca explicar el asunto en conexión con todo el sistema filosófico

---

<sup>501</sup> *Hruschka* JuS 1979, p. 388 ss.

<sup>502</sup> *Meißner*, p. 128.

<sup>503</sup> *Meißner*, p. 133.

<sup>504</sup> *Meißner*, p. 133.

<sup>505</sup> *Küper* JZ 2005, p. 108.

hegeliano, especialmente de su clasificación e integración dentro del sistema<sup>506</sup>. Este intento parece estar hecho en la doctrina iusfilosófica kantiana donde el supuesto derecho de necesidad se desprendió de la doctrina jurídica como un derecho ambiguo, de tal manera que la cuestión de la integración sistemática se desprende en cierta parte del deslinde del derecho de necesidad. Al contrario, *Hegel postula un propio derecho de necesidad* del cual se desprende la pretensión de introducirla en la sistemática de la doctrina filosófico-jurídica. A partir del análisis de la sistemática de Hegel y la colocación del derecho de necesidad en su contexto, desarrolla *Pawlik*, con una crítica intrínseca al mismo Hegel, el modelo de legitimación del estado de necesidad justificante en una perspectiva hegeliana<sup>507</sup>. Él quiere mostrar con esto, “que la doctrina del derecho de necesidad de Hegel si bien se permite algunas aclaraciones sistemáticas y de contenido, ofrece en esta modificada forma de tratamiento del estado de necesidad justificante un convincente fundamento teórico liberal<sup>508</sup>”.

El punto de conexión es una nota de Hegel sobre el § 127 de sus fundamentos, según el cual *con el derecho de necesidad se encuentran en colisión dos momentos generales del derecho*. Estos momentos los identifica *Pawlik* como “el derecho abstracto (formal o estricto) y el derecho de bienestar”<sup>509</sup>, es decir, la idea del individuo de hacer del bienestar su propósito y de reclamarlo. En la colisión del estado de necesidad, este momento de libertad está implícito y asimismo el derecho abstracto de garantizar un orden de libertad jurídica generado por medio de prohibiciones. De esta manera, por un lado, mientras el derecho abstracto disputa a favor del afectado por el ataque o intervención, por el otro lado, el autor en estado de necesidad se puede respaldar en el derecho de bienestar<sup>510</sup>. En la interpretación de *Pawlik*, este derecho se convierte en categoría central de la fundamentación del derecho de necesidad en Hegel, lo que se muestra bajo dos aspectos: por un lado, se desprende de esto que el autor en Hegel transfiere o transmite en el contexto de estado de necesidad manifestaciones generales sobre el derecho de bienestar, que no se relacionan específicamente con el peligro de estos momentos de libertad. El peligro que existe en el estado de necesidad de sufrir

---

<sup>506</sup> *Pawlik*, p. 88 ss.

<sup>507</sup> *Pawlik*, p. 105 ss.

<sup>508</sup> *Pawlik*, p. 83.

<sup>509</sup> *Pawlik*, p. 85 ss.

<sup>510</sup> *Pawlik*, p. 89 ss.

pérdidas amenaza también la promoción jurídicamente conforme del bienestar<sup>511</sup> y afecta ese derecho al bienestar como implicación de la libertad jurídica. Por otro lado, el peligro del estado de necesidad sobre el del otro afecta al bienestar como una legítima y principal posición jurídica del amenazado. En conclusión, *en la constelación del estado de necesidad se puede conceder legítimamente la voluntad del particular y también ser reconocido como fundado en su necesidad*<sup>512</sup>.

## 2. Crítica al modelo de interpretación (Küper)

Según Pawlik, la colisión de derecho abstracto y derecho al bienestar caracteriza no solo el conflicto de los momentos de libertad existente en el estado de necesidad. Él también ve como posible que en la doctrina del estado de necesidad de Hegel se resuelva este conflicto a partir de un derecho de necesidad del afectado en su bienestar. Sin embargo, la tesis central plantea dos preguntas, por un lado, si la resolución comprendida corresponde a la sistemática filosófica jurídica de Hegel o por el contrario repugna sus presupuestos<sup>513</sup>. Por otro lado, es discutible el problema de cómo se relaciona la contemplada solución del conflicto y la doctrina del estado de necesidad, que se vale de ello con la doctrina del estado de necesidad formulada por Hegel expresamente en el § 127 de sus fundamentos<sup>514</sup>.

El derecho abstracto y el bien o bienestar según Hegel, como momentos de la unidad en una totalidad extendida (el bienestar no es ningún bien sin derecho y viceversa<sup>515</sup>), son representados por Pawlik como “en absoluto evidente” y adicionalmente “sorprendente” por el hecho de que Hegel en el § 127 decida la colisión de momentos de libertad a favor de un derecho de necesidad. Sin embargo, la crítica menciona que contra ello se manifiestan muchas expresiones de Hegel de condicionada estirpe kantiana, como por ejemplo que el bienestar de otro se obtenga a costa de uno<sup>516</sup>. De esta manera, se dice que *Pawlik reduce la intención de tales expresiones a la idea de que los momentos subjetivos puros de buen propósito no tienen*

---

<sup>511</sup> Pawlik, p. 87.

<sup>512</sup> Pawlik, p. 87.

<sup>513</sup> Así Küper JZ 2005, p. 112.

<sup>514</sup> Küper JZ 2005, p. 112.

<sup>515</sup> Hegel, § 130.

<sup>516</sup> Pawlik, p. 91.

la capacidad de justificar una rotura del derecho<sup>517</sup> y deja abierta la discusión sobre el potencial justificador del “derecho al bien”. Su aclaración se califica de extraordinariamente dudosa<sup>518</sup>. Se dice que por lo menos la primera de las expresiones no pertenece a un puro contexto de intenciones subjetivo-moral, sino que tiene que ver con una relación objetiva con el estado de necesidad de la vida para la que debe valer una excepción al principio de que el derecho prima sobre el bien: en este punto, según Hegel, tiene el derecho de la voluntad especial colocado en la cima y asimismo la existencia como vida, una alta autorización, como solo el bienestar la ha tenido inicialmente<sup>519</sup>.

Esto lleva al segundo cuestionamiento planteado a la interpretación de *Pawlik*, la cual gira entorno a si hay *compatibilidad entre la tesis de solución de conflicto* de este autor *con la doctrina del estado de necesidad explícitamente presentada por Hegel*. La compatibilidad exigiría que se retome la explícita concepción del estado de necesidad sobre un principio general y que, por consiguiente, sea posible de manera general una solución del conflicto entre derecho abstracto y derecho del bien o bienestar a favor de este último<sup>520</sup>. Según sus críticos, Hegel solo formula un caso de utilización especial de este principio. De ello parece proceder *Pawlik*, pero sin que hubiera una clara respuesta a este problema, lo que es de difícil solución positiva pues el derecho del bienestar puede ser siempre, en relación con la existencia de la libertad como vida, solo una especial o limitada existencia de la libertad, en tanto no llegue a ser afectada la totalidad con la vida o con el bienestar<sup>521</sup>. En la lógica de la fundamentación del § 127, no cabe ningún concepto desviado. En la sistemática de Hegel se subordina el potencial para la solución del conflicto en la dirección del derecho al bien<sup>522</sup>. Se dice entonces, que *Pawlik* no intenta concebir una conexión entre su interpretación de la solución del conflicto y la doctrina explícita del derecho de necesidad de Hegel<sup>523</sup>.

---

<sup>517</sup> Así Küper JZ 2005, p. 113.

<sup>518</sup> Véase Küper JZ 2005, p. 113; Meißner, p. 90.

<sup>519</sup> Así Küper JZ 2005, p. 113.

<sup>520</sup> Küper JZ 2005, p. 113.

<sup>521</sup> Küper JZ 2005, p. 113.

<sup>522</sup> Küper JZ 2005, p. 113.

<sup>523</sup> Küper JZ 2005, p. 113.

## B. Sobre la discusión *Gimbernat/Küper*

### I. Enfoque político-criminal de *Gimbernat Ordeig*: La teoría unitaria político-criminal

El punto de partida de *Gimbernat*<sup>524</sup> consiste en la voluntad y la capacidad de sanción del legislador penal. Un comportamiento es legal simplemente porque el derecho penal no quiere sancionarlo, pudiéndolo hacer. Esa es la razón, por ejemplo, por la que la legítima defensa es una causal de justificación, “porque el Derecho penal renuncia a la pena, no porque ésta sea inidónea para combatir las acciones de legítima defensa, sino porque es que no quiere combatir en absoluto esas acciones”<sup>525</sup>. En el campo de la culpabilidad, al contrario, la cuestión es de *capacidad* o de *poder*, pues hay ciertos comportamientos inculpables que el derecho penal no puede combatir “porque la pena es – principalmente por razones de motivabilidad – ineficaz para hacerlo. (...) todo lo que el derecho puede hacer en tales casos es, bien – en base a consideraciones de prevención especial – responder a esas acciones inculpables con medidas de seguridad (...), bien prescindir en absoluto (...) de cualquier tipo de consecuencia jurídico-penal que sería ineficaz tanto desde el punto de vista de prevención general como desde uno de prevención especial”<sup>526</sup>. Para *Gimbernat*, “proceder con una pena contra los hechos cometidos en estado de necesidad no sería en modo alguno eficaz, sino que, por el contrario, podría lograrse que muchos, para evitar la pena, aceptasen la lesión del propio bien jurídico antes que menoscabar el ajeno”<sup>527</sup>. Sin embargo, el derecho penal no quiere ello, él *desiste de manera general de la punición* del hecho en estado de necesidad, por esta razón se habla de una *causal de justificación* y no de exculpación<sup>528</sup>.

Para *Gimbernat*, cuando hay un conflicto entre bienes iguales, el estado de necesidad surge como una *causa de justificación* ya que el derecho renuncia en ese punto a una sanción penal, no porque exista cierta inidoneidad de la misma para enfrentar la acción ejecutada en estado de necesidad, sino porque *no tiene la voluntad de combatir* ese comportamiento<sup>529</sup>. Asimismo, en tanto la acción en estado de necesidad se presenta como conforme con el

---

<sup>524</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 218 ss; *Gimbernat Ordeig* FS Welzel, p. 485 ss.

<sup>525</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 224.

<sup>526</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 224 s.

<sup>527</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 225.

<sup>528</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 225 s.

<sup>529</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 230.

derecho, es decir, si se considera que el estado de necesidad entre bienes iguales es una causa de exclusión de la antijuridicidad, en otras palabras, si se parte de que el perjuicio de un interés para salvar a otro de igual valor está justificado, se desprenden algunas consecuencias relevantes: por un lado, que la *participación* en la misma no puede llegar a ser penada, en tanto no existe el hecho principal antijurídico del que se pueda desprender la responsabilidad del codelincuente<sup>530</sup>. Por otro lado, se *excluye el dolo* en la ejecución del asunto de la prohibición cuando hay *error sobre los presupuestos de una situación de estado de necesidad*, es decir, “que si el sujeto piensa equivocadamente que concurre un estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales, ese error debe ser relevante, como lo es cualquier otro error sobre la existencia de una causa de justificación”<sup>531</sup>. Por último, *Gimbernat* llega al resultado de que en las situaciones de estado de necesidad, al no tratarse de acciones antijurídicas, se *descarta la legítima defensa*, pero en cambio sí es posible el estado de necesidad<sup>532</sup>.

## II. Reflexiones críticas al modelo de *Gimbernat Ordeig (Küper)*

### 1. Crítica al enfoque político criminal

Según *Gimbernat*, las *causales de justificación*, al contrario de los asuntos exculpantes, están caracterizadas porque el legislador no quiere intervenir contra una acción típica abandonando la sanción, aunque esta fuera posible. La exclusión del injusto consiste entonces en un *desistimiento voluntario de la sanción de la norma*, que no llegó a estar forzada por el sinsentido de la penalización, como es el caso con la exclusión de la culpa. Este enfoque ha sido duramente criticado en diferentes medios de la doctrina penal alemana, pero la crítica más elaborada la presenta *Küper*<sup>533</sup>, quien considera que este es un enfoque lleno de simplificaciones que ameritan correcciones. Una sanción penal no sería en sí posible con cada comportamiento justificado legalmente y tampoco cada desistimiento del legislador sobre un posible castigo conlleva a una justificación de la acción típica. *En absoluto se puede conceptualizar la autorización constituida por medio de la causal de justificación como expresión de un mero desistimiento de pena*. Finalmente tampoco se puede decir que las

---

<sup>530</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 221.

<sup>531</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 221.

<sup>532</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 230.

<sup>533</sup> *Küper* JZ 1983, p. 91 ss.

causales de exculpación no se limitan forzosamente a constelaciones en las que la sanción penal no tendría sentido.

**a. Sobre el criterio de justificación: De la teoría de la neutralidad y el “*unverbotener Notstand*”**

*Gimbernat* alude a lo que ha dado en llamar “teoría de la neutralidad” para advertir que “lo que el estado de necesidad por conflicto de bienes iguales excluye es, en realidad, el ‘estar prohibido’ (teoría de la neutralidad) del comportamiento, es la responsabilidad por el hecho”<sup>534</sup>. Como fundamento y respaldo doctrinal, *Gimbernat* introduce diferentes opiniones de *Hellmuth Mayer*<sup>535</sup>, *Arthur Kaufmann*<sup>536</sup> y *Reinhart Maurach*<sup>537</sup>, a partir de las cuales afirma que existen hechos no conformes a derecho pero tampoco prohibidos (no prohibidos) o hechos fuera del Derecho (*rechtsfrei*). Con estas referencias plantea que es posible calificar algunos hechos frente a los cuales el ordenamiento jurídico prescinde de una valoración negativa, es decir, son campos libres de valoración jurídica. En conexión con esta posición se plantea incluso que no se trata de silencio de la ley ni de lagunas jurídicas, sino de “ámbitos libres de valoración”<sup>538</sup>.

Esta posición encuentra un concepto equivalente, quizás antecedente y fundamento de las reflexiones de *Gimbernat* sobre el punto, en las llamadas “acciones jurídicamente neutrales en estado de necesidad” o “estado de necesidad no prohibido” (“*unverbotener Notstand*”). Este concepto ha sido introducido en aquellos casos en los que la valoración no resulta adecuada en la escala de la antijuridicidad ni de la culpabilidad, es decir, las acciones ilegales pero no antijurídicas<sup>539</sup>. La concepción de esta valoración se remonta a *Binding*<sup>540</sup>, según el cual salvo en algunos casos donde se reconoce una legítima defensa a favor de un bien jurídico, se concibe como no prohibida la conservación del bien jurídico puesto en peligro al costo del bien jurídico de menor o igual valor. Sin embargo, no se puede desprender de dicha posición

---

<sup>534</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 220.

<sup>535</sup> *Mayer AT*, p. 189.

<sup>536</sup> *Kaufmann FS Maurach*, pp. 334 s.

<sup>537</sup> *Maurach AT*, p. 381.

<sup>538</sup> Así *Uribe Álvarez* en LH Fernández Carrasquilla, p. 1146 s.

<sup>539</sup> Véase *in extenso Lenckner*, pp. 15 ss.

<sup>540</sup> *Binding*, p. 763 ss.

el reconocimiento de un principio general para la valoración de los casos de estado de necesidad. Este concepto ha sido introducido en las discusiones sobre la solución de la llamada “*comunidad de peligros*”<sup>541</sup>.

En los casos en los que varios intereses jurídicamente protegidos entran en conflicto, es decir, para salvaguardar a varios de ellos es necesario sacrificar alguno de los otros, sin que sea un estado de necesidad, se habla de una comunidad de peligros. Estos podrían caer en los casos que no se pueden resolver ni en el estadio de la antijuridicidad, ni de la exclusión del injusto, pero son sanciones en las que el legislador retira una valoración jurídica (*espacios fuera del derecho*). Los críticos de esta concepción afirman, por un lado, que es imposible sustraer una valoración jurídica de una conducta que ha sido valorada como típica y que efectivamente ha lesionado un bien jurídico. El resultado de comprender una conducta como libre de valoración jurídica es el de una *regulación permisiva* (no prohibitiva) y no de un espacio fuera del derecho, es decir, se trataría de una exclusión del injusto<sup>542</sup>. Por otro lado, en el ámbito de las *consecuencias jurídicas*, la teoría de las acciones no prohibidas deja muchos vacíos respecto de la valoración de la imputación de la conducta, la participación, la concurrencia de causales de justificación, etc. Lo relevante de lo no prohibido o jurídicamente exento de valoración está en el hecho de que “las consecuencias de la interrupción de la imputación para la legítima defensa, la participación, etc., no se desarrollan sistemáticamente, sino libremente, de modo más o menos abierto”<sup>543</sup>.

En concreto, volviendo a las indicaciones de *Gimbernat* sobre la *posibilidad de sanción*, se dice que no corresponde a ninguna característica específica de la justificación, sin embargo, él señala el fuerte impacto jurídico positivo que provoca que el campo de lo permitido, según la ley, abarque también modos de actuar cuya impunidad no se sobreentiende de ninguna manera<sup>544</sup>. La crítica plantea que sería muy dudoso, desde el diagnóstico de *Gimbernat*, desprender la consecuencia general de que la superación de lo posible en el plano político-criminal sea un *rasgo característico de la exclusión del injusto* codificado. Así contemplada la participación del legislador en la fundamentación y configuración de los tipos de

---

<sup>541</sup> Sobre la noción “comunidad de peligros” véase *Henkel*, pp. 90 ss. con otras referencias.

<sup>542</sup> Así *Roxin*, § 14 nm. 28 con más referencias.

<sup>543</sup> *Jakobs*, 13 Abschnitt nm. 3.

<sup>544</sup> *Küper* JZ 1983, p. 92.

autorización, sería por otro lado indiscutible que no podrá llegar a ser propiamente castigada cada acción o actuación autorizada por una causal de justificación (si el legislador solo lo quisiera)<sup>545</sup>. Frecuentemente se resalta que el *comportamiento permitido* por la norma también *delimita las fronteras inmanentes de la posible y sensata sanción* porque con la autorización legal solo es reconocido que la acción justificada está libre de contradicción legal y por lo mismo ni es digna de sanción ni está permitido castigarla.

## **b. De la exclusión del injusto**

La crítica considera como segunda simplificación de *Gimbernat*, el hecho de que el autor desprende una causal de justificación sin más de la impunidad de un hecho que lesiona un bien jurídico cuya penalización no estaría completamente fuera de sentido, es decir, sería posible y con ello señala como permitido o justificado cada desistimiento de castigo voluntario de la ley. Que esto sea una observación demasiado indiferenciada, no requiere ninguna extensa fundamentación adicional con el estado actual de la sistemática del derecho penal<sup>546</sup>. El legislador puede, como lo demuestra la existencia de numerosas causales de exclusión de pena del injusto neutral, desistir del posible castigo a partir de diferentes consideraciones, sin que con ello se llegue a permitir el comportamiento impune<sup>547</sup>. Solo si se deja interpretar la impunidad como un levantamiento o limitación de la prohibición contenida en el tipo penal en el sentido de una permisón, sería *igual el significado entre la ausencia de sanción y la justificación* de la acción. Sin embargo, para esto es necesario probar que el comportamiento típico corresponde a las exigencias que llegan a ser colocadas por el derecho a una acción correcta y libre de contradicciones en cuanto a su contenido y consecuentemente no contraria a una prohibición<sup>548</sup>. Por esta razón, la crítica considera que en la sistemática político criminal de *Gimbernat falta la diferenciación elemental* sin lo que es imposible entenderse. Se señala al mismo de sobrepasar la diferencia principal entre la prohibición (no necesariamente sancionable) que la causal de justificación pone fuera de vigencia y el sancionar penal de un comportamiento prohibido cuya ausencia o exclusión no turba la

---

<sup>545</sup> Küper JZ 1983, p. 92.

<sup>546</sup> Küper JZ 1983, p. 93.

<sup>547</sup> Küper JZ 1983, p. 93.

<sup>548</sup> Küper JZ 1983, p. 93.

prohibición<sup>549</sup>. *El autor identifica la ausencia de sanción con el levantamiento de la prohibición y el injusto.*

### **c. Acerca de la exclusión de la culpabilidad**

Finalmente se critica que la limitación radical de las causales de exculpación como formas de comportamiento antijurídica, las que el legislador sencillamente no podría sancionar más, asimismo representa una gruesa simplificación. Posiblemente se da sin embargo una propia exclusión de culpabilidad cuando el autor se encuentra completamente fuera de condiciones para motivarse legalmente y el mensaje de la amenaza penal tiene que quedarse sin efecto<sup>550</sup>. Pero de esto no se sigue que se pueda hablar en estos casos extremos solo de una exculpación. Al contrario, exactamente cuando se limita la noción de la causa de exclusión de la culpabilidad a constelaciones en las que la capacidad de reacción normativa del autor falla por completo, queda junto a esto un espacio para la categoría de la exculpación y gana en su propio significado como sitio dogmático y como denominación sintética para otras situaciones de excepción, las que el legislador aprovecha a pesar de prescindir propiamente de la culpa meritoria de reproche y sanción penal<sup>551</sup>.

## **2. Crítica intrasistémica**

El punto de partida de *Gimbernat* se confirma como una base que *no es suficientemente sólida para una renovación de la teoría unitaria*<sup>552</sup>. La constancia del mismo según la cual el estado de necesidad exculpante es en realidad una causa de justificación, no permite orientar este sistema meticulosamente. A ello se suma que el autor procede muy superficialmente también con la utilización o aplicación de un principio fundamental sobre el problema del estado de necesidad, así que su concepción no es satisfactoria en el marco de una contemplación inmanente al sistema. La crítica considera que es posible aceptar junto a *Gimbernat* que en el § 35 inc. 1 StGB la situación de necesidad circunscrita al autor no adquiere o no tiene la capacidad de orientarse según las exigencias del derecho, pero se advierte que aún no significa esto que el legislador podría combatir efectivamente los hechos en estado de

---

<sup>549</sup> Küper JZ 1983, p. 93.

<sup>550</sup> Küper JZ 1983, p. 93.

<sup>551</sup> Küper JZ 1983, p. 93.

<sup>552</sup> Küper JZ 1983, p. 93.

necesidad - cuya exención de pena está prevista en cada norma o reglamento - por medio de la penalización, solo si él lo quisiera<sup>553</sup>. Pues sobre su poder para prevenir acciones en estado de necesidad y, con ello, sobre el sentido de la sanción, no decide solamente la amenaza penal, sino finalmente el efecto motivante de la amenaza penal, su fuerza preventivo-general<sup>554</sup>. Asimismo se dice que en las situaciones de conflicto y excepción del estado de necesidad exculpante, sin embargo, *el efecto preventivo de la sanción penal es extraordinariamente dudoso*. El afectado es confrontado típicamente con una aguda amenaza de sus propios intereses existenciales (vida, salud y libertad), los que solo pueden ser impedidos por medio de la intervención en una esfera de bienes ajena; esta forzosa situación sin salida establece un fuerte motivo dominante para la lesión del derecho, el que se impone o se lleva a cabo al frente de una prohibición sancionada penalmente<sup>555</sup>. En tanto no se trata de la evitación de pequeños perjuicios a la integridad corporal o a la libertad, la suposición según la cual poco contribuiría el llamamiento posterior del derecho penal para el impedimento de situaciones en estado de necesidad, tiene una alta probabilidad, la cual en los casos de peligros vigentes para la vida personal llega a ser efectivamente una evidencia. Sin embargo, señalan que con la contemplación de *Gimbernat* de que en las situaciones del § 35 inc. 1 StGB la amenaza penal podría suprimir por completo su efecto inhibitorio y en ese sentido valdría la pena proceder con sanción contra los actos en estado de necesidad, queda una *hipótesis ampliamente insegura y especulativa* que no es apropiada por lo menos como fundamento para una teoría del estado de necesidad convincente e intrasistemática<sup>556</sup>.

### **3. La relevancia dogmática del error de exculpación**

Otras críticas también tienen cabida en la reflexión de *Gimbernat* acerca de que el reconocimiento de un error relevante sobre los presupuestos del § 35 inc. 1 StGB sería inconsecuente, si uno califica la situación misma del estado de necesidad solo como “exclusión de culpa” y no como causal de justificación. “El error sobre el estado de necesidad necesitaría ser asimismo irrelevante como la errónea suposición de la capacidad de culpa”<sup>557</sup>.

---

<sup>553</sup> Küper JZ 1983, p. 93.

<sup>554</sup> Küper JZ 1983, p. 93.

<sup>555</sup> Küper JZ 1983, p. 93.

<sup>556</sup> Küper JZ 1983, p. 94.

<sup>557</sup> Küper JZ 1983, p. 94.

Para Küper, la comprensión errónea de un autor normal de que él es culpable no puede fundamentar el defecto psíquico requerido en el § 20 StGB y su influencia destructiva sobre su discernimiento individual; *el error no cambia en la capacidad para decidir según la norma, no involucra la culpa y por este motivo es incontestable o insignificante*<sup>558</sup>. Muy diferente se maneja ello con el estado de necesidad putativo del § 35 inc. 2 StGB. La situación supuesta de estado de necesidad pone al autor en la misma situación anímica forzosa, como ocurre con el estado de necesidad efectivo, y reduce su culpa - bajo el aspecto de la capacidad de motivación – de una forma parecida y, por tal razón, no es de ninguna manera irrelevante penalmente, incluso si se partiera de una causal de exculpación<sup>559</sup>. Si para la liberación del reproche de culpa se llegara solamente a la situación psíquica actual, así como ella llega a ser influida por la vivencia anímica del autor, entonces necesitaría ser colocado el error de exculpación en la misma situación que el estado de necesidad real, incluso sin limitaciones, lo cual llevaría siempre a liberación de pena si la situación de necesidad tomada erróneamente (pero vivida como real) tuviera este efecto, con lo cual no quedaría consecuentemente ninguna posibilidad de una sanción por imprudencia<sup>560</sup>. En dicha dimensión, sin embargo, *no ha sido reconocida la relevancia del estado de necesidad putativo exculpante*, ni siquiera por los representantes de una interpretación subjetiva en el planteamiento<sup>561</sup>.

Para Küper, la dogmática y la jurisprudencia han desarrollado *reglas sobre el error mucho más restrictivas y con diferente alcance*, que se parecen en el efecto práctico del trato al error sobre los elementos del tipo o de prohibición. En ello no existe sin embargo, como supone Gimbernat, una concesión antisistemática de la teoría de la diferenciación en la concepción del carácter general excluyente del injusto del estado de necesidad<sup>562</sup>. El recurso a los principios de responsabilidad delineados en la doctrina general del error, es también legítimo bajo las condiciones de una causal de exclusión de culpa, en tanto que la problemática específica del error sobre la exculpante exige considerar, además de la situación coactiva subjetiva del autor, la génesis de su comprensión errónea y asignarle al hecho cometido en

---

<sup>558</sup> Küper JZ 1983, p. 94.

<sup>559</sup> Küper JZ 1983, p. 94.

<sup>560</sup> Küper JZ 1983, p. 94.

<sup>561</sup> Küper JZ 1983, p. 94 y nota a pie 76.

<sup>562</sup> Küper JZ 1983, p. 94.

estado de necesidad putativo evitable la consecuencia jurídica adecuada a su culpabilidad<sup>563</sup>. Para demostrar que hay esfuerzos que intentan superar esta especial problemática de la exculpación, se menciona, por un lado, la temprana solución en el marco de la *imprudencia* correspondiente a la regulación del error de tipo y la concebida solución en el marco del *dolo* que se apoya en el error de prohibición y de la que se apropió el legislador<sup>564</sup>.

#### 4. De la cuestión del poder de defensa

En tanto *Gimbernat* califica al estado de necesidad exculpante como causal de justificación, niega consecuentemente al afectado por la injerencia una legítima defensa contra la acción en estado de necesidad. Esto no significa según *Gimbernat* que la injerencia en estado de necesidad tenga que ser tolerada generalmente porque el autor no protege ningún interés preponderante esencialmente. El acto de defensa debe llegar a ser juzgado mucho más bajo los principios del estado de necesidad. Sin embargo, *Gimbernat* no precisa cómo se imagina ello, para aclarar que, a pesar de todo, él considera como justificado inicialmente una acción de defensa contra el estado de necesidad. Esta consecuencia, es decir, la valoración de la defensa en estado de necesidad según las reglas del mismo y no de la legítima defensa, básicamente *no es nada específico de la concepción de Gimbernat*, la cual también es posible desprender desde la base de la teoría de la diferenciación<sup>565</sup>. Para la crítica, si alguien clasifica, a partir de la concepción convencional del § 35 StGB, el hecho allí descrito como una mera causal de exculpación y con ello exige la antijuridicidad del hecho exculpante, necesita desprender también la consecuencia de que el hecho antijurídico asimismo representa un ataque antijurídico en el sentido del § 32 StGB, que concede al defensor el derecho de defensa. La facultad de defensa del afectado se orienta según las máximas del estado de necesidad defensivo justificante (§§ 34 StGB, 228 BGB), que por lo general propicia una situación de conflicto entre los intereses del atacante y del defensor. “El derecho a la defensa en las barreras de la proporcionalidad del § 228 BGB otorga en este punto un derecho de defensa contra el hecho en estado de necesidad exculpante”<sup>566</sup>. Pero se señala, que en la concepción de *Gimbernat* no se asimila este modelo de regulación, en tanto la facultad de

---

<sup>563</sup> Küper JZ 1983, p. 94.

<sup>564</sup> Küper JZ 1983, p. 94.

<sup>565</sup> Küper JZ 1983, p. 95.

<sup>566</sup> Küper JZ 1983, p. 95.

defensa del afectado puede respaldarse sin la necesidad de la ponderación de intereses, incluso solamente en la causal del § 35 inc. 1. La autorización de esta consecuencia se suprime con las imprecisiones de las premisas de *Gimbernat*. Asimismo se advierte, que un contraargumento complementario se desprende del *círculo de condiciones* (justificación de la primera acción en estado de necesidad) y *consecuencias* (facultad de defensa del afectado). En la teoría de *Gimbernat* una solución vinculante del conflicto de intereses según las reglas de la legítima defensa o del estado de necesidad justificante, como puede encontrarse con la teoría de la diferenciación, es imposible inicialmente, pues tanto el autor en estado de necesidad como el defensor afectado por el ataque o injerencia actúan legalmente, de tal manera que *no es posible encontrar una decisión prioritaria en el conflicto*. Esta respuesta se extiende también a la teoría del estado de necesidad de *Gimbernat*, pues la teórica actuación de igual nivel del ataque y defensa en estado de necesidad por medio del reconocimiento de una causal de justificación para ambas partes, significaría prácticamente una *legalización del "poder del más fuerte"*<sup>567</sup>.

### C. Resumen

Un desarrollo riguroso de los fundamentos del estado de necesidad a nivel jurídico-penal y, paralelo a ello, de las bases de la teoría de la diferenciación no ha sido logrado en la doctrina jurídico-penal. Especialmente en lo relativo al estado de necesidad justificante, *los intentos de fundamentación no han sido completamente claros*. Si bien el marco de fundamentación se resigna ante la aparente posibilidad inmediata del principio de ponderación de intereses, más allá no se aclara por qué se sacrifica un bien jurídico para preservar otro ante la urgencia o necesidad. Adicional al problema de la justificación interna, tampoco es completamente claro *por qué se entiende legítimo extender a la comunidad o a un individuo el perjuicio del involucrado* en el estado de necesidad. *No es clara la justificación externa* en el sentido de advertir los límites hasta los que sería posible soportar un perjuicio como consecuencia de un estado de necesidad. El problema central de la fundamentación del estado de necesidad radica en la pregunta sobre *por qué se puede conferir un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos*.

En respuesta a esta problemática, los intentos de fundamentación se han orientado, por un lado, a explicar las razones por las que prima el interés mayor. Para ello se parte de dos

---

<sup>567</sup> Küper JZ 1983, p. 95.

nociones implícitas en el principio de justificación: *solidaridad* y *utilidad social*. Por otro lado, se han hecho esfuerzos por retomar la doctrina hegeliana para entender, a partir de sus fundamentos, por qué en la colisión de bienes o intereses prima el de mayor valor (*Pawlik/Kühl*). Asimismo, se resaltan las discusiones que intentan retomar la teoría unitaria para clasificar el estado de necesidad como un problema de justificación (*Gimbernat Ordeig*). Finalmente, ya no desde el plano de la justificación, sino de la exculpación, es de nombrar los esfuerzos interdisciplinarios para entender la legitimación del § 35 StGB (*Bernsmann*).

Con la fundamentación externa desde la solidaridad se ha intentado colocar la fundamentación del principio justificante del estado de necesidad regulado por el § 34 fuera de la norma. Con ello se externaliza el problema, colocando un *deber de solidaridad que justifica la intervención en los bienes jurídicos ajenos*. La *noción de solidaridad* ha sido entendida de diferentes maneras. Según *Lenckner*, con la colisión de intereses individualizados, el derecho penal exige en cierta medida un altruismo. *Küper* habla de un derecho de solidaridad que a los particulares se les ha concedido para la evitación de un peligro que llega a amenazarlos. *Jakobs* nombra ello como la solidaridad recíproca de los sometidos jurídicamente que conlleva un especial y mejor balance general o total. La conceptualización se critica argumentando que estos deberes morales humanitarios no pueden llegar a ser exigidos por la norma, sino que deben ser el resultado de una decisión libre. *El altruismo como deber jurídico es contradictorio* pues a la humanidad no se le puede coaccionar a ello. Además, el altruismo no tiene nada que ver con el cálculo de intereses natural en el principio de justificación.

La idea de *utilidad social* se considera como otro de los fundamentos del estado de necesidad justificante. En este sentido se interpretan las colisiones y conflictos propios del estado de necesidad como una “*economía general de los bienes*” desde el punto de vista del “mayor valor”. Esta idea se ha presentado explícitamente por *Hruschka*. Él opina que la idea del § 34 es utilitarista en tanto *la compensación de intereses da la facultad de descargar el peligro en otro*. Con ello se decide por la mayor utilidad al menor costo. Este enfoque orientado a la utilidad se critica por contradecir la convicción moral fundamental de nuestro círculo cultural impregnado por el humanitarismo.

Otro ámbito de justificación ha sido elaborado por *Pawlik*, quien es calificado como el primero que logra una explicación exhaustiva no solo de la compleja dogmática de la causa de

justificación sino también de su legitimación general. El autor propone en su trabajo abordar el dilema de legitimación del estado de necesidad justificante en una explícita legitimación teórica-liberal, que supuestamente se encontraría en la filosofía jurídica de Hegel. El punto de conexión es una nota de Hegel sobre el § 127 de sus fundamentos, según el cual *con el derecho de necesidad se encuentran en colisión dos momentos generales del derecho*. De esta manera, por un lado, mientras el derecho abstracto disputa a favor del afectado por el ataque o intervención, por el otro lado, el autor en estado de necesidad se puede respaldar en el derecho de bienestar. Frente a la tesis central se plantean dos preguntas, por un lado, si la resolución comprendida corresponde a la sistemática filosófica jurídica de Hegel o por el contrario repugna sus presupuestos. Por otro lado, es discutible el problema de cómo se relaciona la contemplada solución del conflicto y la doctrina del estado de necesidad, que se vale de ello con la doctrina del estado de necesidad formulada por Hegel expresamente en el § 127 de sus fundamentos. Se dice entonces, que *Pawlik* no intenta concebir una conexión entre su interpretación de la solución del conflicto y la doctrina explícita del derecho de necesidad de Hegel.

Otros enfoques han intentado retomar la teoría unitaria. El representante de esta iniciativa fue *Gimbernat*, cuyo punto de partida consiste en la voluntad y la capacidad de sanción del legislador penal. Según *Gimbernat* un comportamiento es legal simplemente porque el derecho penal no quiere sancionarlo, pudiéndolo hacer. En el campo de la culpabilidad, al contrario, la cuestión es de *capacidad* o de *poder*. A partir de tal concepción (llamada “teoría de la motivación”), *Gimbernat* dice que en la culpabilidad deben enjuiciarse exclusivamente los fenómenos en los que la pena es ineficaz, y por tanto no es necesaria, porque la persona no puede motivarse. En la culpabilidad se estudian aquellos hechos que a pesar de que el legislador quisiera prohibirlos no podría por ausencia de motivación de la persona (“quiere”, pero “no puede”). Con esta teoría la culpabilidad queda limitada al análisis de las situaciones de inimputabilidad y de la conciencia de la prohibición. Para *Gimbernat* aquí residía el primer motivo para no aceptar que las llamadas causas de inexigibilidad fuesen causas de inculpabilidad, pues en las situaciones descritas en el estado de necesidad, aún entre bienes iguales, la persona puede motivarse. Excepto en aquellas situaciones extremas, representadas por la constelación “vida contra vida”, la persona puede motivarse por la norma y elegir sacrificar su bien antes que lesionar el bien de un tercero. El argumento que respalda la afirmación es que el legislador no exime de pena por el solo hecho de la situación de

necesidad, sino que exige que ésta sea tolerada si se ha provocado intencionalmente y si hay un especial deber de sacrificio. Si la persona no puede motivarse resulta absurdo tal grado de exigencia, al paso que con toda seguridad se podría afirmar la vulneración del principio que prohíbe castigar sin culpabilidad.

Las críticas al planteamiento de *Gimbernat* han sido elaboradas en Alemania fundamentalmente por *Küper* y en España por *Cerezo Mir*. Las mismas se sintetizan en la discusión de tres premisas fundamentales de la teoría de *Gimbernat*:

a) Primera premisa: Antijuridicidad es lo que el legislador *quiere* prohibir; culpabilidad es lo que el legislador *puede* prohibir. No hay una referencia al “debe”, sino solo al quiere/puede. Frente a tal proposición se ha argüido que la diferencia entre lo que el legislador quiere/puede prohibir no hace ninguna referencia a un criterio valorativo, de donde resulta inadmisibles como criterio de distinción entre antijuridicidad y culpabilidad.

b) Segunda premisa: Siempre que el legislador no quiere prohibir se está frente a una causa de justificación. Frente a esta proposición se objeta que afirmar que el estado de necesidad en caso de colisión de bienes iguales no es una causa de inculpabilidad no quiere decir que sea, entonces, una causa de justificación. Ya que podría defenderse que en este caso de estado de necesidad se está frente a una excusa legal absoluta o frente a una condición objetiva de punibilidad, pues también en estos supuestos se produce la situación entrevista por *Gimbernat*, que el legislador “puede” motivar (castigar) pero no “quiere”.

c) Tercera premisa: Siempre que el legislador no puede prohibir se está frente a una causa de inculpabilidad. Es decir, cada vez que no se puede motivar, se trata de una causa de inculpabilidad. Frente a esta proposición ha dicho *Küper* que tampoco es tan claro que el legislador “podía” (pero no “quería”) motivar a las personas en situaciones de necesidad excepcionales. Cuando *Gimbernat* afirma que la persona podía motivarse, olvida que la capacidad de motivar de la norma no depende en exclusiva de las capacidades individuales de las personas, sino de que, por la situación excepcional en que se encuentran, la norma pueda desplegar sus efectos.

d) Finalmente también *Cerezo* ha criticado a *Gimbernat* su pretensión de incluir en la categoría de la antijuridicidad dos elementos que son sustancialmente diversos: unas causas

de justificación valoradas positivamente y otras causas de justificación indiferentes. De acuerdo con Cerezo si el derecho permite un determinado comportamiento es porque lo valora positivamente. Y ello, debido a que una vez se ha realizado el juicio de tipicidad éste no puede eliminarse con un juicio de indiferencia sino de permisión, suficiente para eliminar el desvalor que incorpora la afirmación de la tipicidad del comportamiento.

## Capítulo Cuarto

### La regulación del estado de necesidad en España

#### A. La regulación de la eximente en España

De igual manera a lo que ha ocurrido en Alemania, el proceso de inclusión en el CP español del estado de necesidad como eximente jurídico penal fue *tímido e incipiente*<sup>568</sup>. El mismo partió, también, de un reconocimiento casuístico y limitado por lo general a casos en los que existía un daño a la propiedad privada en procura de salvar unos escasos derechos<sup>569</sup>. La diferencia fundamental entre ambos procesos de codificación radica en que en España la legislación penal nunca ha sentado las bases para la introducción de la teoría diferenciadora, lo que sí ha ocurrido en Alemania a partir de la regulación del estado de necesidad en los §§ 34 y 35 del actual CP alemán (StGB), aunque, como se pasará a ver, desde un sector de la doctrina española se ha promovido persistentemente la distinción entre justificante y disculpante.

La otra característica que se destaca en el proceso de codificación de esta eximente en España es que este ha sido claramente evolutivo. Se ha partido de la nula regulación de la eximente o su reconocimiento tan solo en algunos casos y de manera estrechísima, para llegar a una fórmula de la que se puede decir que es, sin duda, amplia, en tanto en ella se reconocen sin mayores condicionamientos todos los eventos posibles en los cuales la necesidad exime de responsabilidad penal. Así se puede constatar por ejemplo con la inclusión del *auxilio necesario* y de la *colisión de deberes* como formas particulares del estado de necesidad pero particularmente del hecho de que a partir de 1944, todas las regulaciones legales coincidan en

---

<sup>568</sup> Así lo reconoce el Tribunal Supremo Español en la Sentencia del 23 de abril de 1983.

<sup>569</sup> *Antón Oneca* 1986 recuerda que a pesar de que la eximente de estado de necesidad encuentra reconocimiento parcial en ciertos supuestos específicos en la legislación antigua, su consideración como eximente genérica es muy tardía. Y aun así, limitada a las lesiones en ciertos bienes jurídicos (la propiedad). De acuerdo con *Varona Gómez* 2000 la reticencia del legislador histórico frente a la eximente de estado de necesidad, se debe a los peligros que se creía vislumbrar en esta institución o mejor, a la idea de que se trataba de una puerta abierta a la exención de pena. Esta situación era común tanto para Alemania y España como para los ordenamientos angloamericanos en donde a diferencia de lo que ocurre con el *duress*, la necesidad no tiene una gran tradición (p. 150). Por eso *Groizard y Gómez de la Serna*, 1870, aunque reconoce que “*Necitas non habet legem: quod non est licitum in lege, necitas facit licitum*”, entiende que las consecuencias de esta doctrina serían peligrosas sobre todo el derecho penal: “(...) la necesidad y la miseria deben ser circunstancias de atenuación de los delitos mas no causa de justificación completa”. (p. 272)

incluir también en la eximente los eventos en los que se presenta un conflicto de igual entidad o mejor, cuando el daño provocado es de igual entidad al que se trata de evitar.

### ***Excursus. De la tradición legislativa española***

La tradición legislativa española ha sido por lo menos consecuente en la denominación del conflicto que habilitaría el estado de necesidad como *enfrentamiento de males*, en lugar de otras denominaciones de uso común por la legislación y la doctrina como “bienes” o “intereses”, lo que, por lo menos permite ampliar el horizonte del conflicto más allá de los bienes jurídicos protegidos por el derecho penal y localizarlo en cualquier interés que goce de protección por la Constitución o por cualquier otro sector del ordenamiento jurídico.

De allí entonces que, como lo enseñó Córdoba Roda<sup>570</sup>, lo que late detrás de la eximente del estado de necesidad no sea la comparación de bienes jurídicos o de intereses, sino de *dos males*, en el cual se prefiere la evitación o causación de un mal mayor<sup>571</sup>. De acuerdo con Cerezo, el concepto de mal es un elemento normativo de la eximente que lleva implícito una referencia a las valoraciones del derecho.

Córdoba Roda introduce en el concepto de “mal” valoraciones sociales o ético-sociales –un perjuicio merecedor de un juicio desvalorativo ético-social, en donde el agente, para la salvación del bien en peligro (es decir, la probable producción de un mal), causa otro mal, ya porque lesiona un bien jurídico de otra persona o porque infringe un deber<sup>572</sup>. En fin, *el mal* equivale al *perjuicio para un bien*, en cuanto socialmente es tenido como tal, y en la formación de ese juicio desempeñan un significativo papel *criterios ético-sociales* de diversa naturaleza.

Un ejemplo propuesto por Córdoba Roda acerca del valor o del peso específico que se le asigna a las consideraciones ético sociales a la hora de determinar el mal que configura la situación de necesidad, por la que el ordenamiento jurídico habilitaría la lesión de un bien jurídico ajeno bajo el amparo de esta eximente, se encuentra justamente en la evolución del tratamiento legislativo del estado de necesidad en torno a los daños sobre la propiedad privada, que pasó de ser el eje del que pendía el reconocimiento de la misma, y se ha

---

<sup>570</sup> Cerezo Mir 2003, pp. 246 ss.

<sup>571</sup> En este sentido Cerezo Mir 2003, pp. 246 ss.

<sup>572</sup> Córdoba Roda et al, p. 277.

convertido en los tiempos más recientes apenas en uno más de los supuestos contemplados dentro del ámbito de la eximente en cuestión, tal como se verá en las siguientes páginas.

Las primeras regulaciones del estado de necesidad en la legislación española tienen un elemento común que es la limitación de la eximente a los casos en los que se produce un mal menor al que se trata de evitar. Esta tendencia se rompe definitivamente con la expedición del *CP de 1944* y a partir de éste, todas las legislaciones posteriores<sup>573</sup>, incluidas la del art. 8.7 del *CP de 1973* y la del art. 20.5 del *CP de 1995*, reconocen de manera amplia y general el estado de necesidad también para los casos en los que se enfrentan bienes jurídicos de igual valor, así como la posibilidad de intervenir para salvar bienes jurídicos propios o de terceros.

Otra cosa habría que decir en cambio de lo que ha sido la recepción de este proceso por parte de los *Tribunales* y de la *doctrina*. Ambos sectores se han comportado en sentido contrario a lo indicado respecto a la evolución legislativa. A medida que la legislación penal abría nuevos caminos para la inclusión de supuestos excluidos en las primeras regulaciones del estado de necesidad, la jurisprudencia del Tribunal Supremo estrechaba su alcance a partir de *interpretaciones restrictivas*. Esto encuentra su manifestación más próxima en la tesis que ha venido sosteniendo con relación a la procedencia del estado de necesidad en cualquiera de sus formas cuando se trata de la lesión del bien jurídico de la salubridad pública<sup>574</sup>.

---

<sup>573</sup> Véase *AA.VV.* 1996, art. 8. 7º. “La eximente nace en el Código de 1848 y experimenta una reforma considerable en el Código de 1932. Partiendo de este texto, el Código de 1944 introduce dos novedades. De un lado acentúa el aspecto subjetivo: ya no basta actuar “en estado de necesidad”, sino que se ha de proceder “impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno”. De otro, ahora el mal causado no tiene que ser necesariamente menor que el que se trata de evitar, sino que puede ser igual”.

<sup>574</sup> Como en su momento lo ha relevado Paredes Castañón, la discusión se ha visto perturbada por las implicaciones político-sociales del problema, de tal manera que puede decirse que las soluciones han sido impuestas y determinadas por la ideología imperante en la doctrina y en los tribunales, incluso más allá de una interpretación técnicamente correcta de las normas que en cada momento regularon sobre el estado de necesidad. *Paredes Castañón* en *Poder Judicial* 13 p. 117. En igual sentido, sobre el carácter restrictivo de la doctrina del Tribunal Supremo, aunque enfocado en el caso del hurto famélico, Cfr. *Quintano Ripollés*, p. 383: “La doctrina jurisprudencial ha suplido, generalmente con acierto, aunque con señalado rigor, las insuficiencias de la regulación positiva del estado de necesidad; entre ellas, la propia definición [...] que el mal sea inminente y que la reacción dañosa no pueda ser evitada por otro medio inocuo o menos lesivo. Esta ineluctabilidad del mal y el agotamiento de las otras posibilidades de evitarlo ha dificultado sobremedida la aplicación de la eximente en los delitos contra la propiedad del tipo de hurto famélico. Pues se ha requerido no sólo la ausencia de recursos, sino el agotamiento de toda posibilidad de obtenerlos por las instituciones de beneficencia existentes y, por añadidura, la prueba de que la miseria haya puesto en peligro la vida del agente [...]” (Subrayas propias).

Un elemento que llama la atención en la evolución del tratamiento legislativo del estado de necesidad en España, es la presencia más o menos constante de las dos vertientes doctrinarias que tradicionalmente se han usado para atar su fundamento, esto es, la *teoría de la ponderación de bienes* y la *teoría del fin*. De acuerdo con Roldán, en referencia a la teoría de la ponderación de bienes o la teoría del fin, es posible encontrar ambas consideraciones entre las Partidas Romanas y el derecho canónico. Mientras que las primeras admiten sólo la causación de un mal menor, el segundo admitía un derecho en situaciones de necesidad y, en concreto, en las constelaciones de hurto famélico.

Ahora bien, si de antecedentes históricos se trata, es posible encontrar algunas escasas referencias a la necesidad y a sus efectos eximentes en las *siete partidas*, específicamente en las leyes 3ª y 12ª del título XV en las que se excusaba de la obligación de enmendar al que causó un daño en los bienes de otro, por defenderse o defender sus cosas y a quien derribase la casa que esté entre la suya y la que arde, porque además de evitar el perjuicio a su casa, libra del fuego a la villa. Por lo demás, el tratamiento del estado de necesidad en el derecho histórico español, de la mano de juristas teólogos, estuvo concentrado en los casos de *hurto famélico*<sup>575</sup>, aunque el reconocimiento de los efectos eximentes del hurto por hambre o falta de recursos es relativamente tardía<sup>576</sup>. En este sentido, también se pronuncia Quintano Ripollés para quien el hurto famélico constituye el primer esbozo de la eximente en el derecho penal español<sup>577</sup>.

---

<sup>575</sup> En este sentido, Jiménez de Asúa 1922. Así mismo, Puig Peña 1988, nota 6, pp. 323-324.: “...en la Edad Media los criminalistas se ocupan casi exclusivamente del hurto famélico (cuestión que ya preocupó [...] a la doctrina canónica). En nuestra patria el derecho histórico, singularmente la legislación de Partidas, se ocupa también del hecho necesario [...] en el derecho intermedio italiano se continuó considerando justificado el estado de necesidad, pero referido propiamente a los casos de daños en propiedad ajena, y en este sentido limitado los consigna la legislación española de la época codificada. Así se orienta el Código de 1870 (número 7.º, art. 8.º), pero fueron tantas las censuras que se hicieron al texto de la ley, que se aprovechó la reforma de 1932 para ampliar la eximente, si bien, como veremos, la extensión del concepto no tuvo el alcance que hubiera sido de desear. De todas maneras, la vieja frase “propiedad ajena” se sustituye por la de “lesión de un bien jurídico de otra persona”, con lo que queda, ciertamente, muy ensanchado el concepto y campo de delito necesario”.

<sup>576</sup> En este sentido Antón Oneca 1986 p. 294. “El hurto de alimentos o vestidos para remediar la extrema indigencia es precisamente el caso de delito necesario que encontramos más veces previsto en las leyes antiguas (leyes de Manú, Antiguo Testamento, etc.). Los teólogos razonaron que el hurto necesario no era pecado y precisaron los requisitos [...] los escritores españoles del siglo XVI afirmaron que el indigente usaba un derecho, e incluso llegaron a formular la teoría del conflicto de intereses, favorita a la ciencia penal moderna”.

<sup>577</sup> Quintano Ripollés, p. 384 ss.: “De recia raigambre doctrinal y aun legal, en muchos aspectos como primer esbozo de la eximente de estado de necesidad, *el hurto necesario o famélico* [...] no tratándose de la concreta hipótesis de hambre, la denominación más adecuada es la de hurto necesario, que comprende en realidad la más

En el *CP de 1822*, inspirado en gran parte en la versión utilitarista del pensamiento de la ilustración defendida por J. Bentham<sup>578</sup>, seguramente por la influencia de la doctrina positivista decimonónica (y en contra de las tesis iusnaturalistas tradicionales, las cuales permitían el “hurto famélico”) no se admitían exenciones de pena por razón de las circunstancias económicas.

Éstas apenas alcanzaban como atenuación de la pena, siempre que el sujeto “por un trabajo honesto no hubiere podido adquirir lo necesario”<sup>579</sup> y si bien, pudo ser justificado en los códigos penales de 1848 y de 1870 a partir de la estrechísima fórmula que se disponía en tales artículos que reconocían el estado de necesidad, fue solo hasta la fórmula prevista en el *CP de 1932*<sup>580</sup>, para el que desapareció la atenuante expresa por situación de miseria y se acogió una fórmula mucho más amplia que las anteriores, en la que el hurto famélico fue aceptado de manera incuestionable como una de las manifestaciones posibles del estado de necesidad<sup>581</sup>.

---

obvia e indiscutida forma de estado de necesidad, al suponer un sacrificio de bien de harto menor valor, como lo es el de la propiedad, en beneficio del muy superior de la vida o la salud [...] Por lo mismo es superflua la consignación de tal circunstancia en las legislaciones que, como la nuestra, conocen una forma tan generosa y abierta del estado de necesidad, en la que, sin duda, caben las situaciones de hurto necesario y famélico [...] La figura del hurto famélico tuvo singular importancia en el Derecho antiguo, tanto por la extensión de la miseria como por la enorme dureza en la represión de los delitos contra la propiedad aun los más insignificantes [...] por lo que en el trágico panorama de la Edad Media tal insigne creación de los teólogos y moralistas llegó a constituir, al igual que la del delito continuado, el más humano asidero para liberar de graves penalidades y aun de la muerte a míseros infractores del Derecho de propiedad”.

<sup>578</sup> En este sentido: *Mir Puig* 2002 p. 261.

<sup>579</sup> Cfr. *Paredes Castañón* en Poder Judicial 13 p. 117; *Antón Oneca* 1986 p. 290. De igual modo, *Quintano Ripollés*, afirma que es menester esperar hasta la Codificación para encontrar en el art. 755 del Código de 1822 la atenuación de hurto de alimentos o vestidos “en circunstancias calamitosas; y por su parte *Cerezo Mir* 2003, nos dice que en el primer CP, el de 1822, se rompió la tradición de considerar en la eximente el hurto famélico, bajo la influencia de la ideología de la Revolución Francesa, con la sacralización de la propiedad privada: el art. 755 estableció únicamente una atenuante para el hurto famélico.

<sup>580</sup> “Estrecha ya de por sí la fórmula del estado de necesidad en el Código de 1870, la jurisprudencia del Tribunal Supremo había reducido todavía más sus límites, y con una visión muy restringida para el encauzamiento del problema que examinamos, no consideró nunca comprendido en el caso 7.º del art. 8.º de aquel Código los supuestos de hurto famélico. A lo que más se llegó, considerándolo como una circunstancia análoga al arrebato u obcecación, es a concederle simplemente un poderío atenuatorio...la reforma llevada a cabo en el año 1932 amplió la fórmula del estado de necesidad, y al amparo de la misma cabe perfectamente encuadrar como causa de exención el hurto famélico. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, probablemente en su afán de moralizar hasta lo último esta circunstancia, ha exigido determinados requisitos para el caso particular del hurto famélico”. *Puig Peña* 1988, p. 335.

<sup>581</sup> *Puig Peña* 1988, p. 299. En igual, sentido lo destacan *Manzanares Samaniego / Albacar Lopez*, “La anterior y sintetizada doctrina encuentra exacta e igual aplicación al supuesto de ataque a la propiedad ajena, impulsado el sujeto activo por el hambre (fame cogente), caso que fue como el embrión o núcleo generatriz de la actual exención bajo el clásico nombre de hurto famélico, pero que hoy no tiene por qué singularizarse, una vez que

## I. Código Penal de 1848

*“Están exentos de responsabilidad criminal:*

*nº 7. El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

*Primera: Realidad del mal que se trate de evitar*

*Segunda: Que sea mayor que el causado para evitarlo*

*Tercera: Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.*

La primera regulación penal en la que aparece contenida la eximente del estado de necesidad en España es la del *numeral 7 del art. 8º del CP de 1848*<sup>582</sup>. Como ya se ha dicho, se hace de manera estrechísima puesto que se limita a los daños causados en la propiedad ajena y tan solo reconocía efectos eximentes cuando se trataba de la provocación de un *mal menor*, es decir, no reconocía estado de necesidad cuando se trataba del enfrentamiento de dos bienes equivalentes<sup>583</sup>.

De acuerdo con un sector de la doctrina destacado por Cuerda Arnau, esta primera formulación del estado de necesidad contemplaba únicamente los supuestos de conflicto objetivo (la amenaza de un mal real) entre bienes patrimoniales que fueran, además, de entidad distinta, *exclusivamente orientada a los eventos en los que el bien jurídico en peligro fuera la propiedad* ya que no consideraba la posibilidad de que mediante el estado de necesidad se protegieran bienes personales distintos a la propiedad privada<sup>584</sup>.

La lectura que hace Cuerda Arnau de esta primera regulación es que los juristas de la época concebían el estado de necesidad como algo prejurídico de manera que no correspondía a la

---

queda plenamente cobijado bajo la amplitud de la fórmula legal de carácter genérico, en cuanto que se cumplen, en el plano sustantivo, las notas que requiere el verdadero estado de necesidad [...]; puede ser oneroso o tardío el recurrir a medios de asistencia pública o privada (subsidios de paro obrero, centros de beneficencia adecuados al caso, encuentro en despoblado, etc.) y en los que no debe haber recelo alguno en aplicar la eximente que cumpla con todas las demás exigencias legales; [...]; como, así mismo, en el plano procesal, debe recogerse en el relato probatorio la suficiente base fáctica para poder sustentar la exención [...] S. 5-2-1974; R. 380)”

<sup>582</sup> Que a juicio de Daniel Varona está influenciada en su redacción casuística por las normas y los casos que contemplaban la necesidad como causas de exclusión de pena en las Partidas. Cfr. *Varona Gómez* 2000.

<sup>583</sup> Al respecto, *Quintano Ripollés* recuerda que la jurisprudencia española casi siempre se enfrentó a casos de necesidad relacionados con daños a la propiedad: “no existiendo en nuestros repertorios trágicos conflictos de existencias humanas (como el famoso de la fragata inglesa “Mignonette”)”, p. 383.

<sup>584</sup> *Cuerda Arnau*, p. 52.

norma, sino a la ley moral, solventar tales conflictos que, siendo consecuencia de una situación de necesidad no encajaban ni en la regulación de esta eximente ni tampoco podían ser reconducidos a la eximente del miedo insuperable, corriente de pensamiento que se prolongó hasta las regulaciones de los *Códigos penales de 1932 y 1944* en los que por primera vez el estado de necesidad alcanzó un *estatus jurídico* y dejó de estar confinado a la ley moral<sup>585</sup>.

Varona Gómez se muestra inconforme con esta tesis, ya que a su juicio no tiene en cuenta aspectos decisivos de la evolución histórica de ambas eximentes que llevarían a defender una distinta interpretación sobre su papel en el sistema de causas de exención de penas<sup>586</sup>. En primer lugar, el límite del que habla Cuerda Arnau acerca de los bienes jurídicos que podían ser protegidos en situación de necesidad no hacía parte de la regulación legal ya que allí solo se hablaba del mal causado y se restringía al daño en la propiedad pero no se limitaban los bienes jurídicos que podían ser objeto de la acción de salvaguarda<sup>587</sup>.

Por otro lado, Varona sostiene que efectivamente en sus orígenes el *miedo insuperable* fue usado de manera supletiva por la doctrina para resolver los casos de estado de necesidad en los que el daño que se producía era igual al que se evitaba, ante la inicial estrechez de esta última eximente. De allí concluye entonces que no es acertado suponer que en sus inicios el reconocimiento del estado de necesidad, haciendo alusión a la legislación de 1848, dependiera exclusivamente de una concepción prejurídica que mandaba a la ley moral para resolver los conflictos objetivos entre bienes de distinta naturaleza, incluidos los de carácter personal. Por lo demás, ningún autor de esta época hace alusión a un *estado de necesidad prejurídico*.

Lo que si es posible constatar a partir de la discusión sobre el carácter prejurídico o no del estado de necesidad en la época de vigor del CP de 1848, así como de las legislaciones posteriores (Reforma de 1850 y CP de 1870) es su carácter estrechísimo que obligaba a los principales comentaristas a huirle a esos límites de orden legal para dar cobertura a *supuestos auténticos de necesidad* que no habían sido contemplados en la norma o, en palabras de

---

<sup>585</sup> *Cuerda Arnau*, p. 52.

<sup>586</sup> *Varona Gómez* 2000 p. 336.

<sup>587</sup> *Varona Gómez* 2000 p. 336.

Varona: “el intento por encontrar un punto de anclaje en el propio sistema de eximentes vigente”<sup>588</sup>.

Así sucede por ejemplo en el caso del jurista Joaquín Francisco Pacheco, el más importante comentarista de este CP con su obra *El Código Penal concordado y comentado*<sup>589</sup>. De acuerdo con Pacheco en el estado de necesidad: “[...] dañamos sin duda a otros en sus bienes, y les causamos un mal, que en otra circunstancia constituiría por nuestra parte un delito. Aquí, sin embargo, no lo es, y no tenemos por ello culpabilidad alguna. Eximimos la ley, como nos había eximido la razón. La defensa de lo nuestro nos ha guiado; ó bien la defensa de lo del mayor número, la defensa de la sociedad, la defensa de legítimos y respetables intereses”<sup>590</sup>.

Para Pacheco, el estado de necesidad se encontraba ubicado dentro de las causas que eximían de pena por implicar el ejercicio de un derecho de mayor peso que el sacrificado<sup>591</sup> y tenía como requisitos la realidad o existencia del mal que se trata de evitar<sup>592</sup>, que éste fuera mayor que el causado para evitarlo<sup>593</sup> y que no hubiere otro medio practicable y menos perjudicial. A pesar de que no formulaba reparos serios a la configuración de los requisitos de la eximente por la norma que los disponía en aquel momento, Pacheco se mostraba inconforme con el reducido alcance que se le había reservado a la eximente por cuanto a su juicio se habría debido hacer mención de otros sucesos posibles, de aquellos que la *necesidad* por sí sola autoriza, haciendo alusión expresa a los casos de hurto por hambre<sup>594</sup> y a la muerte de otro para salvar la propia vida<sup>595</sup>.

---

<sup>588</sup> Varona Gómez 2000, pp. 338-339.

<sup>589</sup> Pacheco 1867, p. 160.

<sup>590</sup> Pacheco 1867, p. 162.

<sup>591</sup> Pacheco clasifica las circunstancias en atenuantes y exculpantes y frente a estas últimas distinguía entre causas en que la no imposición de una pena obedece a que el autor carece de voluntad y aquellas otras que llevan al mismo resultado por legitimidad intrínseca del hecho. En este sentido Luzón Cuesta, José p. 134.

<sup>592</sup> “[...] es menester que exista, es menester que nos amague, próximo, inminente...es necesario que la realidad del [...] esto es, la insistencia y la inminencia del peligro, sean puntos que no admitan la menor duda”. Pacheco 1867, p. 163.

<sup>593</sup> “La razón no puede encontrar justo que se cause un mal de gran tamaño para impedir otro que sea menor: la razón no puede permitir que se acuda á esos aventurados remedios, en tanto que existan otros posibles, menos aventurados, menos perjudiciales. En el primer caso falta la utilidad: en el segundo, la necesidad de lo que como recurso se intenta. En uno y en otro, es ilegítimo, y no exime de responder por la obra”. Pacheco 1867, p. 163.

<sup>594</sup> “No hablamos de la necesidad que nos conduzca a apoderarnos de cosas ajenas, que reducida a sus justos, estrechísimos límites, es á manera de una violencia incontrastable, y eximiría de todo delito a los que sujeta en su cadena poderosa. A un mendigo hambriento, que no encuentra trabajo, que no encuentra limosna y que hurta un pan para libertarse de estado tan horroroso, la sociedad puede encerrarlo en un hospicio é imponerle una labor de

## II. Código Penal de 1870

La fórmula del art. 8.7 del CP de 1848 se conservó íntegramente para las reformas de 1850 y 1870, pero se hizo mucho más estrecha en tanto, por los impulsos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se limitó su procedencia exclusivamente al *delito de daños*, delito contra la propiedad consistente en la destrucción, deterioro o inutilización de una cosa<sup>596</sup>. Para Groizard y Gómez de la Serna, esta regulación del estado de necesidad se tornó tan estrecha a partir no solo de sus términos y requerimientos sino fundamentalmente por la jurisprudencia, ya que este autor considera que a pesar de la pobreza que caracterizaba la fórmula legal, no era admisible suponer que en casos reales de necesidad habría de llegarse a la condena por falta de norma que eximiera de responsabilidad penal. Según sus palabras, “el legislador ha podido hasta no escribir este capítulo [...] porque en este caso se eche de menos una circunstancia de las requeridas por la ley, ¿ha de condenarse a los que se salvaron y no ha de aplicárseles a su favor?”<sup>597</sup>.

En lo que se refiere a las condiciones para la procedencia o reconocimiento de la eximente, como se ha dicho ya, la regulación era idéntica a la que existía en el anterior código de 1848, razón por la cual los requisitos eran los mismos (1º. Realidad del mal que se trata de evitar<sup>598</sup>,

---

la que viva; pero no puede encerrarlo en una cárcel, ni enviarlo a presidio por tan triste y dolorosa acción...” Pacheco 1867, p. 182.

<sup>595</sup> Pacheco dice que no hay defensa porque no hay agresión...” como se obra allí es por *necesidad*, por esa necesidad que moralmente constituye un derecho, y que no sería malo ni ocioso que la ley hubiese reconocido” Pacheco (1867), p. 182.

<sup>596</sup> En este sentido Cerezo Mir en EPC 10 (1985-1986) (p 72-73): De igual modo, Antón Oneca 1986 para quien “[...] la extensión era escasa y todavía fue más restringida su aplicación en el TS, quien en vez de dar a la palabra “daños” el sentido vulgar de “lesión al patrimonio ajeno”, la concretó al significado técnico dado por el código como delito de DAÑOS entre los contrarios a la propiedad (se podía derribar el tabique para evitar la propagación del incendio, pero no sustraer el extintor de incendios al vecino con el mismo fin”. p. 244).

<sup>597</sup> “he aquí un texto que no tiene concordancia con ninguno de los códigos modernos: en rigor podría decirse que no las tiene tampoco con nuestras antiguas leyes pues que las de partidas...es una disposición casuística que puede pasar como precedente en la materia pero no como una declaración general análoga a la que aquí se hace...¿por qué ese silencio? ¿será quizá porque la regla es injusta? Evidentemente no. Apenas la inteligencia se apodera de su sentido y alcance, le presta sin reserva su aprobación...”. Groizard y Gómez de la Serna, 1.870.

<sup>598</sup> “He aquí un ejemplo de la realidad del mal de que nos habla la ley: el incendio, que voraz crecía y hubiera acabado por llevar la desolación a la comarca entera si no se le hubiera puesto límite sacrificando por el pronto el interés menor al interés mayor, la propiedad de uno á la propiedad de todos...luego el equilibrio se restablecerá: los perjudicados más tarde serán indemnizados. Y no será peor la condición del que sufrió, para librar a los demás, que la de los que, mediante aquel sacrificio, conservan íntegra su hacienda [...]”. Groizard y Gomez de la Serna, p. 240.

2°. Que sea mayor -el mal que se trata de evitar- que el causado para evitarlo y 3°. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el mal).

No obstante, a pesar de la similitud de la redacción de los artículos mencionados, del comentario de Groizard resultan interesantes dos elementos. El primero de ellos, que este autor entiende que los tribunales no deberían “pecar por exceso” a la hora de determinar si existía otro medio distinto a la causación del daño a la propiedad a la hora de reconocer la eximente, puesto que: “Á la justicia basta para pronunciar su fallo absolutorio que el medio empleado sea natural, oportuno, adecuado, prudente, *beneficioso*, bueno; no necesita que sea el único, el menos perjudicial, el mejor de todos”<sup>599</sup>.

Por otro lado, se admite que la acción salvadora se realice en *auxilio de un tercero*. Justamente esta es una de las razones por la que Groizard reclamó por la flexibilización del juicio sobre la existencia de otros medios para evitar el daño causado, con la intención de que el tercero que trate de evitar el daño que otro sufriría, no se vea atemorizado por la idea de ser condenado por prestar auxilio a un necesitado. Según este autor: “la ley no se contenta con que el auxilio se preste, con que la caridad se ejerza, con que el mal mayor se evite: quiere las cosas a la perfección...dificultar hasta ese punto la exención, es casi hacer imposible el auxilio. El ejercicio de la virtud no consiente monopolio”<sup>600</sup>. Del mismo modo y a partir de las exigencias que constaban en el art. 8.7, concluyó que no se exigía que el agente actuara impulsado por la situación de necesidad, puesto que la legitimidad de la acción dependía en todo caso del conflicto objetivo.

Por último, Groizard señaló la posibilidad de reconocer la atenuación de la pena cuando faltare uno de los requisitos para la procedencia de la eximente, a la manera de una eximente incompleta, según lo que disponía el art. 9.1 del CP de 1870:

---

<sup>599</sup> Groizard había dicho que “desde el momento en que aparezca y resulte que el daño en la propiedad ajena se ejecutó con el buen deseo de evitar otro mayor, y sobre todo que se evitó efectivamente, ¿qué más puede pedirse para proclamar la inocencia del agente? ¿qué puede influir, con arreglo a los principios, para fijar su responsabilidad, el estudio y análisis de los actos ejecutados para evitar el mal, si éste se hubiera consumado de todos modos á no haber intervenido aquellos?. Tanto rigor en la ley, tanta suspicacia, tanta desconfianza en los institutos nobles y generosos del hombre no favorece, perjudica a la propiedad...” Groizard y Gomez de la Serna, p. 242.

<sup>600</sup> Groizard y Gomez de la Serna, p. 243. Groizard recuerda las palabras del ilustre comentador Álvarez Martínez quien veía en esta norma “el origen de muchos procesos e injusticias”.

“[C]ada circunstancia, hecho completo en sí y que ofrece extenso horizonte a la investigación, al examen y á la crítica, puede existir independientemente de la concurrencia, o no concurrencia de las otras dos [se refiere a los tres requisitos del estado de necesidad]: la evidencia de estas proposiciones está fuera de toda discusión. Y cuando así sucede la circunstancia atenuante surge natural, sencilla y justamente de todos los principios [...] donde la exención de responsabilidad no existe, pero sí algo de lo que contribuye á formularla, alguno de los sumandos que la constituyen, allí está la circunstancia atenuante. [...]”<sup>601</sup>.

Por su parte, Luís Silvela, cuya obra es considerada el primer tratado de derecho penal en España, ubicaba al estado de necesidad como una de las causas justificantes<sup>602</sup>. En cuanto a las exigencias legales para el reconocimiento del estado de necesidad, Silvela señaló lo siguiente: de la primera, que *el mal que se intenta impedir tenga una existencia efectiva en la esfera de los hechos, y no sea por lo tanto meramente ideal, solamente probable ó talvés posible*; en cuanto a la exigencia de que no haya otro medio practicable y menos perjudicial dice que *vale tanto como decir que no exista, en la esfera de la posibilidad, más remedio que sucumbir al mal que amenaza ó destruir los bienes de otro* y, finalmente, en lo que tiene que ver con la condición de que no se cause un mal menor que el que se trata de evitar, para Silvela resultaba lógico que, tratándose en estos casos de una elección forzosa entre dos males, sólo es lícito elegir voluntariamente el que sea menor<sup>603</sup>.

En el mismo sentido en el que lo había señalado Groizard, para Silvela la ausencia de la regulación expresa de la eximente no habría imposibilitado que en la práctica estos casos en los que la lesión al bien jurídico se produce en el contexto de una situación de necesidad se resolvieran en el sentido de negar la responsabilidad penal y eximir de pena<sup>604</sup>. Ahora bien, a la hora de señalar cuál es el fundamento material de la eximente, Silvela se queda corto en tanto lo explica a partir de las propias limitantes que se encuentran en la legislación de la época por lo que entiende que es casi una consecuencia natural que todos “deben consentir en que su propiedad sea sacrificada en momentos de peligro ó de angustia, para salvar la ajena,

---

<sup>601</sup> Groizard y Gomez de la Serna, p. 309.

<sup>602</sup> Silvela, en sentido similar al criterio expuesto por Pacheco, distinguía entre causas de inimputabilidad, en las que no hay delincuente aunque el hecho no sea bueno ni legítimo, y causas de justificación, en las que “no hay delito, y a pesar de su apariencia criminal, y aunque se cause daño y perjuicio a quien sufre sus consecuencias, el acto es enteramente justo y conforme al Derecho”. Silvela 1903, p. 194.

<sup>603</sup> Silvela 1903, p. 194.

<sup>604</sup> Silvela 1903, p. 195.

siempre que se le indemnice, como es justo, por aquel ó aquellos que reportaron el beneficio”<sup>605</sup>.

Es de una importancia fundamental que ya este autor reconociera una de las principales discusiones que perviven en la actualidad en torno al estado de necesidad y que tiene que ver con la confusión de la *naturaleza jurídica* de la eximente con sus efectos o *consecuencias reflejas*. Para él no es una contradicción admitir la posibilidad de reconocer la justificación de la pena por una acción de esta naturaleza con total y absoluta independencia de que la acción genere efectos jurídicos en otras esferas del derecho, como por ejemplo, en el campo de la responsabilidad civil: “por esto el CP, al ocuparse de la responsabilidad civil, establece en el art. 19, que están obligadas a prestar la indemnización las personas en cuyo favor se haya precavido el mal á proporción del beneficio que hubieren reportado”<sup>606</sup>.

### III. Códigos penales de 1928 y de 1932

“CP de 1928. Art. 60. *Tampoco delinque el que para evitar un mal propio o ajeno en la salud, vida, honor, libertad o intereses, ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad o derechos ajenos, si concurren los requisitos siguientes:*

*1º. Realidad del mal que se trata de evitar.*

*2º. Que sean mayor que el causado para evitarlo.*

*3º. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo.*

*El que hallándose en el caso del párrafo anterior se hubiera excedido en los límites de la propia salvación o de la ayuda, sólo podrá justificar el exceso por hallarse bajo una excitación excusable, o en estado de terror y abatimiento”.*

“CP de 1932. Art. 8º. *Están exentos de responsabilidad criminal:*

*nº 7, El que en estado de necesidad lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurren los requisitos siguientes:*

*Primero: Que el mal causado sea menor que el que se trate de evitar.*

*Segundo: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.*

---

<sup>605</sup> *Sivela* 1903, p. 195.

<sup>606</sup> *Sivela* 1903, p. 195.

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

En el CP de 1928 además del *daño en la propiedad ajena* se aceptaba la posibilidad de que la acción salvadora implicara la *lesión de otros derechos*. Por lo demás, el párrafo 2º del art. 60 del CP de 1928 señalaba que el estado de necesidad procedía para salvar derechos propios o ajenos y restringía el ámbito de aplicación de la eximente a los siguientes casos: *salud, vida, honor, libertad o intereses*, obteniendo un reconocimiento todavía más amplio en el Código de 1932, el cual, sin embargo, no lo aceptaba aún en los casos de conflicto de bienes de igual rango o entidad.

De acuerdo con Antón Oneca, el CP de 1932 inició una nueva época de esta eximente<sup>607</sup>, pero limitando el alcance al conflicto entre intereses desiguales, al exigir el requisito primero que “el mal causado sea menor que el que se trata de evitar”<sup>608</sup>. Por su parte, Córdoba Roda sostiene que hasta estas reformas es posible rastrear una constante en la legislación española sobre el estado de necesidad que parte desde el CP de 1848 y va hasta el de 1928: la exigencia de la “realidad del mal que se trata de evitar”, entendida esta en sentido objetivo<sup>609</sup>. A partir de la reforma de este año, pudo interpretarse tal exigencia no en tanto su demostración objetiva, sino que fue reconducida a la condición de inmediatez de la producción del mal o peligro, justamente, según las palabras de Córdoba Roda, porque la acción salvadora del agente impediría la producción, objetiva, de aquel peligro o mal.

Hay que anotar que las instituciones que se introdujeron en los Códigos penales de 1928 y 1932 bajo el signo de la dirección moderna y del movimiento internacional de reforma político-criminal, se deben probablemente a la influencia de Cuello Calón y Jiménez De Asúa. Según los redactores del *CP de 1932*, entre los cuales se destacan Antón Oneca y Jiménez de Asúa, la introducción en el sistema penal español de la eximente de estado de necesidad vino motivada por razones de *humanización* y de *eliminación de la rigidez de la*

---

<sup>607</sup> Esta nueva redacción se nutre de la aparición en el ámbito de la doctrina penal de obras como “*El estado de necesidad en materia penal, con especiales referencias a las legislaciones española y argentina*” del profesor Jiménez de Asúa en 1922 y “*El estado de necesidad en el derecho penal*”, publicado en 1923 por Sánchez Tejerina.

<sup>608</sup> Antón Oneca 1986, p. 294.

<sup>609</sup> Córdoba Roda et al., p. 278.

*antigua regulación*: el estado de necesidad, tan angostamente aceptado en el antiguo núm. 7 del art. 8<sup>610</sup>.

Puig Peña señala en contra de lo que se afirmaba en la exposición de motivos de la reforma que no fue, sin embargo, tan eficaz esa extensión de la eximente, pues en el Código citado no se reconocía el estado de necesidad en caso de conflictos de bienes de igual valor, dado que exigía que el mal causado fuera menor que el que se trataba de evitar<sup>611</sup>, razón por la cual se formulaban distintas opciones para tratar este último conflicto que pasaban por recurrir a otro tipo de eximentes o suponer el carácter extra o suprajurídico del conflicto<sup>612</sup>. La opinión de Daniel Varona es que la inclusión en forma amplia del estado de necesidad en España se encuentra determinada también por la influencia de la dogmática jurídico penal de ascendencia alemana<sup>613</sup>.

Aunque con la reforma de 1932 todavía no se admitía en el texto legal el estado de necesidad en casos de igual entidad de los males, se favoreció un mayor reconocimiento para la eximente<sup>614</sup>. Entre ellos, la posibilidad de “*infringir un deber*” como forma de actuación idónea para salir de la situación de necesidad que constituye el presupuesto de la eximente<sup>615</sup>,

---

<sup>610</sup> En este sentido véase *Cuerda Arnau*, p. 42.

<sup>611</sup> *Puig Peña* 1988, p. 330.

<sup>612</sup> “[...] las soluciones eran: o exceso en el acto necesario y, entonces, incompleta, .entender que la cuestión *se sale por completo del Derecho penal*...colocarse en un punto de vista extremadamente subjetivo y considerar que la vida ajena es siempre de menor importancia que la nuestra, tesis de orden pragmático porque conducía a justificar dentro de la eximente de estado de necesidad del Código el conflicto de vidas, aun forzando la letra del precepto, encerrar el problema dentro de los límites de la culpabilidad...causa de inimputabilidad...para evitar todas estas discusiones y conceder estado oficial a la justificación del ataque a la vida ajena, estando la propia en inminente peligro de perderse, el Código de 1944 adoptó una nueva redacción amplia que cobija los anteriores supuestos”. *Puig Peña* 1988, pp. 330 ss.

<sup>613</sup> Como lo recuerda este autor, la introducción del estado de necesidad en la reforma penal de 1932 tuvo por autores a *Jiménez de Asúa* y *Antón Oneca* 1986, buenos concedores de la doctrina alemana: “El aspecto decisivo que contribuyó a la plasmación en nuestros códigos de la institución del estado de necesidad, configurado de forma genérica, no fue la pretendida humanización del CP como la propia evolución de la doctrina penal, *que progresivamente fue desplazando el núcleo de la exención de pena en los supuestos de confrontación entre bienes jurídicos del aspecto* subjetivo (impacto emocional que el conflicto tenía en la persona –vis moral-), al objetivo (resolución de un determinado conflicto). Este desplazamiento tuvo lugar, fundamentalmente, en la doctrina alemana de influencia hegeliana (Berner)”. *Varona Gómez* 2000, p. 355. Díaz Palos por su lado, dice que en el CP se “terminó imponiendo la denominación del estado de necesidad al importarse el tecnicismo alemán. *Díaz Palos en NEJ T. VIII* en NEJ T. VIII, pp. 904-912

<sup>614</sup> En este sentido véase *Sainz-Cantero Caparrós*, pp. 354-355

<sup>615</sup> “A partir del CP de 1932, que se mantuvo en el CP de 1944, se incluyó la posibilidad de “*infringir un deber*” como forma de actuación idónea para evitar el estado de necesidad que es presupuesto de la eximente” *Sáinz-Cantero Caparrós*, p. 339.

supuesto que hasta ese momento había sido considerado de forma autónoma y separada del estado de necesidad<sup>616</sup>.

Si bien, a diferencia de lo que ocurría en el CP de 1928, en la reforma de 1932 no había un pronunciamiento expreso a favor de la posibilidad del *auxilio necesario*, esta modalidad del estado de necesidad fue reconocida por el Tribunal Supremo en vigencia de la reforma de 1932 cuando se trataba de evitar un mal a la familia o a los parientes próximos. Con relación a esta regulación, Cuerda Arnau entiende que ella traía ínsita una clasificación entre dos clases de estado de necesidad: aquellos en los cuales el mal se originaba por una *circunstancia natural* y aquellos otros en los que el mal era causa de la *intervención de una persona o del propio perjudicado*, clasificación que también se ha tenido en cuenta en el derecho angloamericano para establecer la distinción entre *necessity* y *duress*. No obstante, tal distinción no parece haber tenido un lugar importante ni tan solo marginal más allá de la opinión de esta autora, puesto que salvo los propios limitantes contemplados en cada regulación legal de la eximente, la doctrina mayoritaria no ha entendido que el origen del peligro sea una razón de peso en la discusión del alcance del estado de necesidad.

Daniel Varona ha señalado las razones por las que considera que la tesis de Cuerda Arnau no se compeadece con la evolución histórica del tratamiento del estado de necesidad en España. En primer lugar, señala que los casos que podrían ser cobijados por el estado de necesidad son tan variados que esta clasificación que se propone a partir del origen del peligro para el bien jurídico no podría contemplar todas las situaciones de necesidad posibles, por ejemplo, los supuestos en que la amenaza no proviene de un suceso natural, pero tampoco de la actuación de un tercero, sino que surge del peligro que representa la propia víctima<sup>617</sup>.

Otro problema que presenta la diferenciación de Cuerda Arnau, es que el origen del peligro no es suficiente para explicar el tratamiento diferencial entre uno y otro estado de necesidad, puesto que materialmente en ambos casos se presenta una auténtica situación de necesidad que debería generar siempre idénticos efectos en cuanto a la exención de la pena. Finalmente, señala Varona que tal diferenciación *podría conducir a castigar determinados casos que no debieran serlo*, al dejar fuera del ámbito de aplicación tanto del miedo insuperable como del estado de necesidad dos situaciones relevantes: los supuestos de estado de necesidad putativos

---

<sup>616</sup> Al respecto Cuerda Riezu, 1984, pp. 52-53.

<sup>617</sup> Varona Gómez 2000, p. 342.

en los que no pudiera afirmarse el miedo y por ello, tampoco se reconocería el estado de necesidad, y los casos de amenaza de un peligro natural en los que se cause un mal mayor (donde no habría estado de necesidad por razón del límite legal impuesto).

#### IV. Código Penal de 1944

*“Están exentos de responsabilidad criminal:*

*7º. El que impulsado por un estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesiona un bien jurídico de otra persona o infringe un deber, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

*Primero: Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.*

*Segundo: Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto.*

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

La inclusión en la eximente de estado de necesidad de los supuestos en que el mal causado es igual al que se trata de evitar se produjo con la reforma parcial del CP de 1944. A partir de este Código, se reconoce de *forma amplia la procedencia de la eximente*, incluso cuando se trata de conflictos entre bienes jurídicos de igual valor, como el caso de vida contra vida. No existe ninguna limitante en cuanto a los bienes jurídicos que pueden ser defendidos mediante la eximente ni tampoco en cuanto a los bienes jurídicos afectados y, además, se reconoce de manera unívoca la procedencia del auxilio a un tercero necesitado.

Para Sáinz-Cantero Caparrós<sup>618</sup>, se trata del papel más estelar de la eximente, pues no se condiciona según la naturaleza de los bienes o derechos susceptibles de protección mediante el sacrificio de otros, se admite tanto el *estado de necesidad propio como el ajeno* o “auxilio necesario” (presente en los códigos de 1848, 1870 y 1828), se incluye como uno de los supuestos de estado de necesidad a la colisión de deberes y se regula para el reconocimiento de la eximente en el supuesto de conflictos de bienes de igual valor.

Por su parte, Cobo Del Rosal y Vives Anton señalan que el CP de 1944 (art. 8) incorporó dos novedades relativas al estado de necesidad en comparación con la regulación de 1932: : a) la inclusión del término “impulsado”, que vino a acentuar el lado subjetivo de la eximente, y, b)

---

<sup>618</sup> Sáinz-Cantero Caparrós, 1.999, p. 335.

la referencia al supuesto de que los bienes en conflicto fuesen iguales”. Son cuatro los presupuestos del estado de necesidad a partir de esta regulación: *a)* el estado de necesidad, *b)* la proporción entre los males, *c)* el requisito de la no provocación, y *d)* la no obligación de sacrificio<sup>619</sup>.

Con esta reforma, ya no fue necesario recurrir a la eximente de miedo insuperable como algunos autores proponían antes de ella, para cobijar las situaciones de necesidad en las que se producía un daño igual al evitado. Sin embargo, por ello mismo se reclamó desde la doctrina la desaparición o la entrada en desuso del *miedo insuperable* como eximente por cuanto ya no tenía autonomía respecto a esta nueva regulación del *estado de necesidad*, mucho más grave si se tiene en cuenta que hasta la reforma de 1995 el miedo insuperable se encontraba restringido también por la ponderación de los males en conflicto, exigencia que como ya lo había señalado Pacheco resultaba exagerada e injusta pues llevaba siempre a castigar los supuestos de causación de un mal mayor que no podían ser resueltos acudiendo al estado de necesidad ni tampoco al miedo insuperable<sup>620</sup>.

Con esta regulación, de paso, se superó cualquier duda que se tuviera acerca de la posibilidad de reconocer la procedencia del estado de necesidad en casos de hurto famélico. Así lo

---

<sup>619</sup> Cfr. *Córdoba Roda et alt*, pp. 270-271: “[L]a esencia de la circunstancia séptima...imprescindible para la estimación tanto de la eximente plena como incompleta, viene dada, según opinión unánime de doctrina y jurisprudencia, por el *estado de necesidad*. La ley no define tal situación, sino que se limita a hacer una referencia en la configuración del presupuesto de la circunstancia “el que impulsado por *un estado de necesidad* para evitar un mal propio o ajeno...y a consignar como primer requisito de la eximente séptima la exigencia de que “el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar”.

<sup>620</sup> De acuerdo con la propuestas de *Varona Gómez*, el miedo insuperable puede cobijar, entre otros, también aquellos supuestos de necesidad que superan el límite legal impuesto en materia de ponderación de males, es decir, allí quedarían cobijados aquellos casos en los que el conflicto arrojará un desbalance perjudicial traducido en la provocación de un daño mayor al evitado, los cuales se encuentran por fuera del espectro del estado de necesidad. Para este autor entonces el miedo insuperable es una eximente que permite la exención de pena más allá de los supuestos propios de las demás eximentes “[...] la razón de supletoriedad debe llevar a esta regla: en los casos en que se cumpla el presupuesto de ambas eximentes (se den los requisitos del estado de necesidad y la persona padezca miedo) debe considerarse preferente la aplicación del estado de necesidad, por implicar ésta una causa de justificación. De esta manera, los partidarios de la teoría de la diferenciación podrían tener problemas a la hora de fundamentar la preferencia del estado de necesidad sobre el miedo en los casos de estado de necesidad exculpante en los que la persona sufriera miedo”. *Varona Gómez* 2000, p. 357. En un sentido similar podría decirse que apunta la posición intermedia y genuina de Mir Puig acerca de las relaciones entre estado de necesidad y miedo insuperable, quien sostiene que la eximente del 20.5 [estado de necesidad en el CP de 1973] tan sólo contiene una causa de justificación [...] si bien reconduce los casos de estado de necesidad exculpante a la circunstancia de miedo insuperable o en su caso a una eximente analógica”. Adiciones al tratado de Jeschek, p. 505.

destaca Antón Oneca para quien la regulación de este código permite comprender el “hurto necesario”, siempre, claro está, que se den los requisitos<sup>621</sup>. De este modo también desaparece la insistencia en el reconocimiento de un estado de necesidad supralegal, justificante o exculpante, puesto que con la reforma de 1944 se incluyen los casos que eran reconocidos mediante el recurso a las causas supraleales de estado de necesidad.

A pesar de que la regulación del CP de 1944 parecía uniforme en el sentido de que reconocía de la misma manera el estado de necesidad tanto en los eventos de producción de un daño menor como en los de daño de igual entidad, para muchos autores esta fue la posibilidad que les permitió introducir la *teoría diferenciadora* en el ordenamiento jurídico español a partir de la idea de dos tipos de estado de necesidad, dependiendo de la clase o naturaleza del conflicto<sup>622</sup>. Hasta 1944, la doctrina mayoritaria entendió que el estado de necesidad contenía en exclusiva una causa de justificación. La doctrina de la diferenciación empieza a hacerse mayoritaria a partir de la vigencia de la regulación del CP de este año<sup>623</sup>.

A modo de ejemplo, para Antón Oneca y Rodríguez Muñoz en vigencia del CP de 1944 es posible hablar de dos estados de necesidad según se tratara de: a) conflicto de intereses desiguales (hurto de alimento para no perecer de hambre) y b) conflicto de intereses iguales (la única tabla para salvar a dos naufragos). Según ellos, saltaba a la vista la distinta naturaleza de las dos clases de conflicto, lo que exige un tratamiento dispar<sup>624</sup>, lo cual terminó

---

<sup>621</sup> Antón Oneca 1986, p. 269.

<sup>622</sup> En este sentido *Quintano Ripollés*: “La innovación referente a la posibilidad de ejercicio de estado de necesidad en presencia de bienes de igual importancia ha obligado a replantear el problema del carácter jurídico de la eximente, siendo ya opinión común en la doctrina la de reservar el de *causa de justificación* al supuesto de bienes de diversa magnitud y de otorgar el de *causa de inculpabilidad* al de bienes equivalentes”. (p. 382).

<sup>623</sup> En este sentido, *Sainz-Cantero Caparrós*, p. 353.

<sup>624</sup> “Veamos el problema en nuestro derecho positivo: en tanto los CP de 1870 y 1932 reducían la eximente al conflicto entre intereses desiguales, permitieron a los comentaristas opinar a favor del carácter de causa de justificación (el conflicto de intereses iguales sólo estaba previsto para el miedo insuperable, como eximente especial) (...) El CP de 1944 (7º del 8) abarca los dos supuestos (...) las palabras “el que impulsado por su estado de necesidad” (la vos “impulsado” no se empleaba antes) aluden claramente a una situación psicológica creada por hechos externos (subrayo). Es indudable la relevancia dada a un elemento subjetivo común a todo el ámbito del estado de necesidad”. *Antón Oneca 1986*, pp. 286 ss. En igual sentido, *AA.VV. 1996*, “Esta última innovación significa que la eximente ofrece una doble naturaleza: causa de justificación en el caso tradicional de desigualdad de bienes, y mera causa de exculpación, por no exigibilidad, en el nuevo supuesto (...) la comparación entre los dos (...), ha de hacerse con criterios objetivos, lo que no siempre es fácil cuando se trata de bienes heterogéneos”. (Subrayas propias).

por convertirse en la opinión dominante en España<sup>625</sup>. Hasta este momento, por lo demás, se creía de manera unánime que el fundamento de la exención de responsabilidad en supuestos de estado de necesidad, era exclusivamente, la prevalencia del interés preponderante, entendido de manera llana, como la salvaguarda del bien jurídico de mayor peso o valor, ya que en las regulaciones anteriores no se contemplaba el estado de necesidad cuando se trataba de males de igual jerarquía y era preciso que el mal fuera menor al que se trataba de evitar<sup>626</sup>.

Para la mayoría de comentaristas de la regulación del estado de necesidad en la época, en este artículo se encerraban dos reglas de tratamiento distintas para cada uno de los conflictos enunciados: en el primer caso, cuando se tratara de un mal ostensiblemente superior, el *art. 8.7* reconocía una causa de justificación, mientras que cuando se tratara de males de igual entidad, la misma norma, con los mismos condicionamientos, se comportaría como una excusa o causa de inculpabilidad<sup>627</sup>. Antón Oneca por ejemplo estudia el estado de necesidad exculpante (conflicto de intereses iguales) siguiendo la doctrina de los proyectos alemanes: la acción necesaria está justificada cuando los intereses en conflicto son notoriamente desiguales y es inculpable, si los intereses en pugna son iguales<sup>628</sup>: en efecto, la conducta que sacrifica el bien inferior en beneficio del superior coincide con las finalidades del orden jurídico: la que lesiona un bien protegido por el derecho para conservar otro de igual valor, no tiene la misma justificación, porque al derecho le es indiferente que triunfe uno o el otro.

Realmente es interesante lo que señala Antón Oneca, aunque sea solo de manera anecdótica, por cuanto solo hasta que la disposición legal reconoció la procedencia del estado de necesidad en los eventos de males de igual entidad, pudo hablarse a la manera de un comentario a la ley, de la teoría diferenciadora, a pesar de que ya antes de esta regulación en

---

<sup>625</sup> Antón Oneca 1986, p. 266. En contra de esta interpretación del art. 8.7 del CP de 1944, Córdoba Roda 1966, p. 193 ss.: “en suma, la circunstancia séptima no se agotan los dos grupos de conflictos entre bienes iguales y desiguales. La referida circunstancia debe más bien comprender asimismo los supuestos en los que no es posible proclamar la mayor gravedad de uno de los dos males respecto del otro”.

<sup>626</sup> En este sentido Cerezo Mir 2003, p. 62.

<sup>627</sup> “En España la doctrina mayoritaria participa de la “teoría de la diferenciación”, según la cual en el caso de la lesión de un bien de menor valor estaremos ante un estado de necesidad justificante, que elimina la antijuridicidad de la conducta típica y la transforma en lícita. En el segundo caso, cuando los males son iguales, entonces nos hallaríamos ante un estado de necesidad exculpante, ya no basado en la idea del interés jurídico prevalente, sino en la inexigibilidad de conducta distinta, que no comporta la eliminación de la antijuridicidad del comportamiento, que continúa siendo ilícito, sino la culpabilidad y, con ello, la responsabilidad criminal”. De Toledo y Ubieto/Huerta Tolcido, p. 230

<sup>628</sup> Antón Oneca 1986, p. 271.

el derecho penal español se conocía y difundía la discusión surgida en torno a la doble naturaleza del estado de necesidad que se había generado en Alemania.

Debido a la reforma del CP en 1944, autores como Antón Oneca y Rodríguez Muñoz, se inclinaron por sostener un fundamento doble para el estado de necesidad: en casos de conflicto entre males desiguales, el fundamento de la eximente seguía siendo el *interés prevalente*, a la manera de los códigos anteriores, pero tratándose de males de igual valor, se hacía necesario acudir al fundamento de las causas de inculpabilidad para dar cuenta de por qué razón apenas se excusaba el comportamiento en estos casos, como por ejemplo, la *inexigibilidad de la conducta*, pero, como ya hemos destacado, este principio no tenía la capacidad de rendimiento que autores como los citados, esperaban de él para explicar la bifurcación del tratamiento en el estado de necesidad.

Antes de 1944, los esfuerzos de la doctrina en materia de estado de necesidad se orientaban principalmente al reconocimiento de estos casos como supuestos de estado de necesidad o, también, a encontrarle un lugar sistemático en otra de las eximentes como por ejemplo en el miedo insuperable. La posibilidad de diferenciar dos clases de estado de necesidad solo se presentó en el momento en que el legislador reconoció que allí donde el mal que se produce es igual al que se pretendía evitar también hay estado de necesidad.

Así también lo concluye Díaz Palos, para quien es la dogmática moderna la que entiende que lo necesario no puede recibir tratamiento unitario, sino que ha de bifurcarse su consideración en cuanto puede ser una causa justificante o una causa de inculpabilidad; no otro es el sentido de la teoría de la diferenciación<sup>629</sup>.

### ***Excursus: Recepción del pensamiento de la inexigibilidad en España***<sup>630</sup>

La importación de la teoría normativa de la culpabilidad, con su desarrollo del pensamiento de la inexigibilidad y de la teoría de la diferenciación, permitieron en su momento explicar

---

<sup>629</sup> Díaz Palos en NEJ T. VIII, p. 909

<sup>630</sup> Véase la exposición de esta teoría en Roldán Barbero (1980); (1983) y en Sáinz Caantero-Caparrós, (1999).

adecuadamente el art. 8.7 que se introdujo en el CP de 1944<sup>631</sup>. La ampliación que tuvo lugar en el CP de 1944 de la eximente contenida en su art. 8.7 fue doble:

a) Por un lado eximía de responsabilidad no sólo al que realizara un delito de daños (contra la propiedad) para evitar un mal mayor, sino que amplió la posibilidad de eximir de responsabilidad a quien realizase cualquier mal, esto es, se admitía la realización de cualquier delito y no sólo del delito de daños.

b) Por otro lado eximía, aun cuando el daño causado no fuera menor que el que se pretendía evitar, con lo cual se dio entrada a la posibilidad de eximir de pena a quien ocasionase un mal igual que el que se pretendía evitar<sup>632</sup>.

Ello conllevó que la doctrina se encontrara con dos situaciones que debían ser explicadas. Por un lado, la causación de un mal menor que el que se trataba de evitar. Y por el otro, la causación de un mal igual. Para ello se recurrió a la teoría de la diferenciación y al fundamento de la inexigibilidad<sup>633</sup>. Esta importación de la teoría normativa de la culpabilidad, permitió entender el art. 8.7 en el caso de males iguales como una causa de inexigibilidad que eliminaba la culpabilidad.

En España no ha existido una crítica muy elaborada al principio de inexigibilidad<sup>634</sup>. Podríamos decir que en general más que la crítica a la exigibilidad se ha producido un cierto

---

<sup>631</sup> De acuerdo con Enrique Gimbernat: “La Teoría Normativa de la culpabilidad ha sido aceptada en España tanto por la jurisprudencia, como por la ciencia. Con base en ello y con la interpretación dominante de la fórmula mixta biológico-psicológica del art. 8, numeral 1, se ha exigido la conciencia de la antijuridicidad del comportamiento y se le ha concedido, entonces, relevancia al error de prohibición”. *Gimbernat Ordeig* 1979, p. 76.

<sup>632</sup> En tanto la primera reforma gozó del aplauso de la doctrina pues se pensaba que la regulación anterior era muy limitada al haberse remitido a solo atentados contra la propiedad, lo que posteriormente se reinterpretó como sólo el delito de daños, no se puede decir lo mismo sobre la segunda reforma. Inclusive, la razón de esta ampliación no acaba de parecerle clara a su máximo estudioso, *Roldán Barbero* (1983). Parece sin embargo, que la explicación más plausible y convincente es la proporcionada por Quintano, quien sugiere que el legislador pretendió evitar contradicciones con la regulación del miedo que admitía la causación de un mal igual.

<sup>633</sup> Quizá haya una paradoja en el hecho de que la teoría de la diferenciación nunca fue utilizada para explicar el miedo insuperable a pesar de que también con él se prevé la posibilidad de causar un mal menor o igual. Aquí el acento se ponía en el aspecto subjetivo, sin acabar de explicarse el por qué la persona que bajo el influjo del miedo realiza un mal menor actúa de forma inculpable en vez de forma justificada.

<sup>634</sup> El único estudio concreto del cual tenemos conocimiento es el de *García Arán* (1988, pp. 75-100), quien identifica dos funciones de la inexigibilidad, una positiva y otra negativa. Aquellos que entienden que la inexigibilidad es un elemento de la culpabilidad y aquellos otros que sólo la interpretan como fundamento de las causas de exculpación. En tanto acepta la segunda función, rechaza la primera.

abandono de la concepción normativa de la culpabilidad. En la medida en que ésta fue superada, cronológicamente, por la concepción finalista, la exigibilidad tuvo un rol más pequeño. Pero son aún unos cuantos autores que, al margen del concepto de culpabilidad, lo admiten como fundamento de la exención en el caso de colisión de bienes iguales<sup>635</sup>.

## **B. Código Penal de 1973**

La ampliación de la que venía siendo objeto el estado de necesidad desde 1848 se consolida legislativamente con la reforma de 1944 y en los códigos penales que le siguen a éste, conserva su consagración amplia. Así pues, en la regulación que corresponde al Código de 1973 el estado de necesidad comprende los mismos casos y en las mismas condiciones contempladas en su predecesora. En esa medida, las discusiones sobre la inteligibilidad de la eximente presentan una fuga considerable ya que su sede natural ya no es la regulación del CP sino los debates de la *doctrina y las decisiones del Tribunal Supremo* acerca de su alcance.

Es justamente en vigencia de la regulación de 1973 que se empieza a perfilar y se consolida la tesis que termina por negar el valor eximente del estado de necesidad en cualquiera de sus formas, como eximente completa e incompleta, en los casos de tráfico de drogas prohibidas. Ya en una sentencia de 1978 se afirmaba que no se presentaba el requisito de la *inminencia o gravedad del mal* cuando se trataba de venta de drogas y por ello, no era posible reconocer el estado de necesidad ni tampoco su versión incompleta<sup>636</sup>.

Así, de acuerdo con Paredes Castañón, con la amplitud que el CP le da a la eximente, de nuevo el requisito de la *subsidiariedad* jugará un papel fundamental en la restricción: aunque en un principio la jurisprudencia acoja otras vías, será éste el camino que finalmente se siga para evitar lo que se consideraba un abuso de alegación de la eximente. Estas restricciones se verán fuertemente tratándose de situaciones de necesidad por motivos económicos. Al decir de Barbero, doctrina y jurisprudencia han trabajado más con casos de laboratorio, “extremos”, rechazando la eximente para aquellos supuestos que más frecuentemente se presentaban en la práctica.

---

<sup>635</sup> Algunos autores entienden que la inexigibilidad es el fundamento del art. 8.7 (*Cobo del Rosal-Vives Antón* 1999, p. 528); y otros, por el contrario, admiten que la exigibilidad es un elemento de la culpabilidad pero no que sea explicación del 8.7 y lo limitan al art. 8.10 (*Mir; Muñoz Conde – García Arán* 2002).

<sup>636</sup> Sentencia del Tribunal Supremo de febrero 24 de 1978. Citada por *Antón Oneca* 1986, p. 578.

Dos vías más se han abierto para lograr la limitación: la exigencia de *animus salvandi* y el *principio de subsidiaridad*: respecto del primero, y de acuerdo con la doctrina absolutamente dominante, se dice que no basta una acción salvadora de bienes jurídicos, sino que es necesario también la existencia del ánimo subjetivo de realizar dicha salvación o que se obre a “impulsos del estado de carencia de medios económicos”<sup>637</sup>.

Sobre el principio de subsidiaridad, núcleo de toda la doctrina del Tribunal Supremo sobre el delito por necesidad económica, se ha venido sosteniendo la exigencia de que: “no exista opción en el necesitado para sustituir el mal producido por otro de menos gravedad, “que el mal causado sea inevitable”, que sea el “único medio de eludir el peligro o escapar de la situación de necesidad”<sup>638</sup>. En síntesis, la doctrina del Tribunal Supremo en la materia es sumamente restrictiva, a partir de una concepción apoyada en la exigencia extremada de los requisitos de la eximente y especialmente de los de la gravedad y actualidad o inminencia del mal, de subsidiaridad y de concurrencia del ánimo salvador, que concluyen a negar de forma generalizada, salvo casos de extrema miseria, la posibilidad de que la acción del sujeto quede justificada. Se admitirá tan sólo, y también en casos extremos, alguna atenuación o causa de exculpación.

## **I. Diferenciación y unidad en el estado de necesidad**

Es cierto que en vigencia del CP de 1973 se consolidó la posición de la diferenciación como mayoritaria, a pesar de las dificultades que resultaban para esta tesis al partir de la lectura del texto legal que por ningún lado parecía referirse a una distinción del estado de necesidad entre justificación y causa de exclusión de la culpabilidad. Sin embargo, en este periodo llama la atención que en la doctrina española se empiezan a formular *teorías marginales o*

---

<sup>637</sup> Cuando el Tribunal Supremo ha estimado que la situación no había adquirido aún el carácter de una sin salida, y que antes de delinquir se podría haber intentado un medio menos radical (por ejemplo: acudir a un establecimiento de beneficencia), entonces ha concedido apenas la aplicación de la eximente incompleta (véase Tribunal Supremo español: sentencias 3-6-1948; 22-6-1953; 10-3-1958; 20-3-1969).

<sup>638</sup> Con relación a la exigencia del elemento subjetivo de la causa de justificación, sin entrar en profundidad en la discusión acerca de su ilegitimidad desde una perspectiva constitucional, vale la pena precisar que, en palabras de Enrique Gimbernat, que expresiones como “en defensa” o “para evitar un mal” en la legítima defensa o en el estado de necesidad, o en general en todas las causas de justificación, han de interpretarse en el sentido de que, para que concurra la legítima defensa o un estado de necesidad, el autor tiene que conocer la situación objetiva de justificación, es decir, tiene que conocer que concurre una afectiva situación de legítima defensa o de colisión de bienes jurídicos en los que es necesario sacrificar uno para salvar el otro, pero no en el que sea preciso, además, que se actúe con una específica y exclusiva voluntad de defensa o de salvamento *Gimbernat Ordeig* 1990, p. 64.

*minoritarias* de importancia destacada para la historia de esta eximente en España. Así de acuerdo con Gimbernat, de la misma manera que ocurría en Alemania, el predominio de la *tesis de la diferenciación* en España, por lo menos en la doctrina, fue creciente y mayoritario<sup>639</sup>.

La teoría de la diferenciación permitía comprender en el art. 8.7 tanto una justificante como una exculpante. Sin embargo, en los últimos años numerosos autores, siguiendo un razonamiento auspiciado por Gimbernat, han pasado a considerar que ambos estados de necesidad –realización de un mal menor o igual- son *causas de justificación* o, mejor, que realmente no existen dos estados de necesidad sino que siempre ha sido un mismo supuesto, por lo que se avoca por la *teoría de la unidad*<sup>640</sup>.

Cuando Gimbernat se ocupa de analizar la norma del CP que contemplaba el estado de necesidad en el CP español de 1973, encuentra que en dicha norma, a diferencia de lo que vendría a ocurrir en Alemania a partir de la entrada en vigencia del CP de 1975 que contemplaba expresamente el estado de necesidad justificante y el exculpante<sup>641</sup>, se incluye de forma amplia y sin mayores restricciones todas las formas posibles de la eximente. En este sentido, el numeral 7 del art. 8º del CP de 1973 se refiere tanto al *estado de necesidad en sentido estricto como a la colisión de deberes* (“o infringe un deber”), tanto al estado de necesidad para impedir un mal propio como al auxilio necesario (“mal ajeno”) y tanto al conflicto entre bienes jurídicos iguales como desiguales (“que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar”)<sup>642</sup>.

En esta norma no se hacía referencia expresa a distinción alguna. De allí entonces que, según la legislación vigente en España para el momento en que Gimbernat formula su tesis sobre la

---

<sup>639</sup> Gimbernat Ordeig en EDP, p. 218 ss.

<sup>640</sup> A continuación desarrollaremos brevemente la tesis de Gimbernat, cuyas líneas más gruesas se encuentran en un artículo publicado en 1974, titulado “El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad” cuya versión alemana apareció en una contribución al libro-homenaje a Welzel cuyo título en alemán es *Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem*, en FS Welzel, Stratenwerth, Günter (ed.), Berlin, De Gruyter, 1974, pp. 485-497.

<sup>641</sup> Por lo demás, para este autor constituye por lo menos un exceso en las competencias del legislador, el hecho de que éste se ocupe de definir cuál es la naturaleza jurídica de una determinada institución, como ocurre por ejemplo en Alemania con el estado de necesidad exculpante: “El legislador alemán habla de estado de necesidad “exculpante” [...] desconociendo los límites de sus propias competencias: el legislador se debe limitar a regular supuestos de hecho, pero no pretender que le esté también atribuido el don de pronunciar la última palabra [...] como la diferenciación entre antijuridicidad y culpabilidad”, Gimbernat Ordeig 1990, p. 67.

<sup>642</sup> Gimbernat Ordeig 1990, p. 218.

unidad del estado de necesidad, le resultara natural que para el ordenamiento jurídico penal español no pudiera predicarse la vigencia de la teoría diferenciadora en materia de estado de necesidad. Pero las razones para la defensa de la teoría unitaria en Gimbernat son de un hondo calado, que van mucho más allá de las precisiones de orden positivo de cara a la determinación de la naturaleza jurídica del estado de necesidad en el ordenamiento jurídico español, como pasaremos a ver.

Para entender la posición de Gimbernat, quizás convendría reconocer que la categoría de la culpabilidad, tal como había sido concebida hasta ese momento, se enfrentaba a una crisis. Antes de Gimbernat, la categoría de la culpabilidad había venido siendo caracterizada por la “reprochabilidad”, la “abordabilidad (*Ansprechbarkeit*) o la “motivabilidad”<sup>643</sup>. Pero, por influencia del pensamiento preventivo y fundamentalmente por los aportes de Claus Roxin y su invención de la responsabilidad penal como macrocategoría que comprendía todo lo atinente a la necesidad y los fines de la pena, se empezó a reconocer el peso específico que ocupaba en el juicio de la culpabilidad, el concepto de los “*fines de la pena*”, con la advertencia de que este no se limitaría exclusivamente al merecimiento de pena, sino también y especialmente, a la necesidad de ella, con base en argumentos preventivo generales y, en menor medida, preventivo especiales.

A partir de tal concepción (llamada “teoría de la motivación”<sup>644</sup>), Gimbernat dice que en la culpabilidad deben enjuiciarse exclusivamente los fenómenos en los que la pena es ineficaz, y por tanto no es necesaria, porque la persona no puede motivarse. En la culpabilidad se estudian aquellos hechos que a pesar de que el legislador quisiera prohibir no podría hacerlo, por ausencia de motivación de la persona (“quiere”, pero “no puede”). La culpabilidad queda, pues, limitada al análisis de las situaciones de inimputabilidad y de la conciencia de la prohibición. Para Gimbernat con la exculpación se trata de que si bien los comportamientos que quedan excluidos en el sector de la culpabilidad siguen estando prohibidos de manera

---

<sup>643</sup> Gimbernat Ordeig 1990, p. 67.

<sup>644</sup> Para evitar malos entendidos quizá deba precisarse la diferencia entre esta concepción de la culpabilidad y la concepción defendida por el finalismo. En nuestra opinión la divergencia no reside en el concepto de motivabilidad, pues éste también es utilizado por el finalismo, ya que presupuesto de que la persona pueda actuar de otro modo es que tenga capacidad de motivarse de acuerdo al derecho. Según creemos, la diferencia reside en que cuando los finalistas afirman que esta motivación falta, entonces no es justo castigar, en tanto que Gimbernat diría que no es necesario.

general, se renuncia a la pena porque se percibe fácilmente que no tendría mucho sentido proceder con semejante medio de reacción.

Gimbernat cree que la posición sistemática del estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales está en la justificación: en tratándose de la exculpación, la acción amenazada de manera general con una pena, no se reprime jurídico-penalmente en referencia a ciertos grupos de personas, suficientemente delimitados, frente a los cuales se estaría encantado de actuar inhibitoriamente, si ello fuese posible. En el caso de la justificación sucede que no se quiere actuar inhibitoriamente. En el estado de necesidad en bienes iguales se trata de una acción que, de modo general, no está amenazada con una pena.

De acuerdo con Gimbernat, aquí residía el primer motivo para no aceptar que las llamadas *causas de inexigibilidad objetiva*, fuesen siempre *causas de inculpabilidad*, pues en las situaciones descritas en el estado de necesidad, aún entre bienes iguales, la persona puede motivarse<sup>645</sup>. Excepción hecha de aquellas situaciones extremas, representadas por la constelación “vida contra vida” (ejemplificadas en la “tabla de Carnéades”), en los demás casos de estado de necesidad, la persona puede motivarse por la norma y elegir sacrificar su bien antes que lesionar el bien de un tercero. De acuerdo con v. Hippel: “La acción de estado de necesidad es precisamente la acción normal del hombre medio que piensa jurídicamente y es plenamente imputable. Por ello, el derecho lo autoriza y por ello es objetivamente conforme al derecho”<sup>646</sup>.

Y el argumento que respalda la afirmación de que en tales situaciones la persona sí que puede motivarse es que el legislador no exime de pena por el solo hecho de que se presente la situación de necesidad, sino que además exige que ésta sea tolerada si se ha provocado intencionalmente y si hay un especial *deber de sacrificio*. Por supuesto, si la persona no puede motivarse resulta absurdo tal grado de exigencia, al paso que con toda seguridad se podría afirmar la vulneración del principio que prohíbe castigar sin culpabilidad.

Hay que advertir que cuando Gimbernat afirma que el legislador no “puede” castigar a los inmotivables, no hace referencia a un criterio fáctico. Claro que el legislador puede

---

<sup>645</sup> A partir de este momento el discurso en orden a la presentación y discusión de la tesis de Gimbernat se circunscribe al estado de necesidad considerado tradicionalmente como “exculpante”, si bien también es cierto que Gimbernat considera que lo mismo es aplicable al miedo insuperable. *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 66.

<sup>646</sup> Citado por *Gimbernat Ordeig* en EDP, 1990, P. 219.

castigarlos, lo que no puede es motivarlos mediante la pena y por ello el castigo sería ilegítimo, por innecesario<sup>647</sup>. Según lo expresa nuestro autor en su artículo publicado en el libro-homenaje a Welzel al que ya hemos hecho alusión:

“Si en los supuestos del párrafo 35 StGB –y, en derecho español, en los casos de conflicto entre intereses de igual rango –el autor es “motivable” por la norma y, no obstante, está exento de responsabilidad, la explicación de ello sólo puede ser la de que, en realidad, lo que se regula no es una causa de exclusión de la culpabilidad, **sino una justificación**, si bien esta se distingue de otras causas de exclusión del injusto en que el hecho cubierto por el estado de necesidad no es valorado positivamente; pero es que lo que caracteriza al comportamiento adecuado al derecho penal no es que el ordenamiento jurídico lo considere valioso, sino únicamente que se renuncia a motivar su no comisión con la amenaza de una pena, una concepción ésta que tiene muchos contactos con la distinción de Günther entre antijuridicidad general y antijuridicidad jurídico-penal”<sup>648</sup>.

Por el contrario, según Gimbernat, el ámbito de la antijuridicidad expresa lo que el legislador “no quiere” prohibir. El cometido de la antijuridicidad no reside sólo en la concesión de un derecho, sino en tolerar determinados comportamientos, o dicho en otras palabras, en *renunciar a motivar mediante la sanción penal*. Esta es precisamente la situación que se produce en los dos casos de colisión de bienes –menor e iguales-, en los que el legislador no “quiere” prohibir tales actos. Y no necesariamente porque los juzgue positivos, ya que inclusive podría emitir un juicio de “neutralidad”.

Tal juicio de “neutralidad”, advierte Gimbernat<sup>649</sup>, no implica que el legislador no haga una valoración<sup>650</sup>. El legislador sí valora los derechos en conflicto, pero el resultado final de esta

---

<sup>647</sup> Aunque no se trata de una opinión pacífica. Los aspectos objeto de debate son: a) que el inimputable sí puede (parcialmente) motivarse por la norma; b) que aún está por probar que si bien la conminación de la norma no alcanza sus resultados deseables, no los alcanzase su efectiva ejecución, por lo que, de acuerdo con premisas utilitaristas, podría incluso defenderse la aplicación de la pena a aquellas personas inimputables (inmotivables). De acuerdo con la rotunda crítica expuesta por Hart frente a las teorías utilitaristas de la pena y sus eximentes: “La inutilidad de la *amenaza* contra un individuo concreto o clase de ellos, no implica que el *castigo* de ese individuo o clase no pueda ser requerido para mantener en un nivel alto la eficacia de las amenazas respecto a los demás. De hecho, puede ser el caso que hacer depender el castigo de la ausencia de condiciones excusantes sea la manera más eficiente de mantener las leyes con el menor coste en sufrimiento. Pero éste no es *obvia* o *necesariamente* el caso”. Hart, *Punishment and responsibility*, p. 43. Citado por Varona Gómez 2000, p. 26 [not. 26].

<sup>648</sup> Gimbernat Ordeig en EDP, p. 68. (énfasis fuera de texto)

<sup>649</sup> Gimbernat Ordeig en EDP, p. 220

valoración es de “indiferencia”, de “neutralidad”, de “no prohibición”, justamente porque se trata de que los bienes en conflicto son equivalentes y los males causados iguales. En consecuencia, la categoría de la antijuridicidad abarca no solo aquellos resultados aprobados (*valoración positiva*), sino también aquellos resultados jurídicamente neutrales (*valoración indiferente*). En ambos supuestos el legislador renuncia a motivar mediante la pena, en fin, no se trata de situaciones desvaliosas. En opinión de Gimbernat el legislador no juzga desvaliosas aquellas situaciones en las que se produce un derecho (o un deber) de actuar, pues lo considera positivo, y en las que concede un permiso, pues lo considera “no prohibido”<sup>651</sup>.

Por último, dice Gimbernat, reducir el ámbito de las causas de justificación a lo que el legislador valora positivamente sería tanto como afirmar que lo no tipificado es aprobado. Ello es lógicamente falso, ya que el legislador penal no tipifica una conducta, por ejemplo, porque no la considera suficientemente grave, aún cuando no la apruebe; de la misma manera como justifica una conducta cuando no la quiere prohibir, sin que ello signifique su aprobación.

## II. La teoría heterodoxa de la diferenciación

Hay una tercera tesis, “*la teoría heterodoxa de la diferenciación*”, que considera que el estado de necesidad entre bienes de igual valor no alcanza a ser justificante (entonces “teoría de la diferenciación”)<sup>652</sup>, pero considera que es “algo más que una mera causa de exculpación (entonces “teoría de la unidad”): el estado de necesidad excluye el “estar prohibido del comportamiento, la responsabilidad por el hecho”<sup>653</sup>. Para estos efectos Gimbernat recuerda

---

<sup>650</sup> En este punto es donde se establece la diferencia entre la posición de Gimbernat (1976) y la teoría del “ámbito libre del derecho”. De acuerdo con Gimbernat cuando el juicio final es de indiferencia entonces este comportamiento está autorizado, justificado. Por el contrario, según la teoría del “ámbito libre del derecho” (Kaufmann, Artur, 1972: 337) se trata de comportamientos respecto de los cuales el derecho renuncia a hacer cualquier juicio de valor.

<sup>651</sup> Precisamente por la dificultad que comportan términos como neutralidad, indiferencia, no prohibición, quizá Larrauri recomendaba hablar de “derecho” para expresar la idea de valoración positiva y de “facultad” para expresar la idea de indiferencia, esto es, de que se produce un resultado no aprobado pero no mayor del que se quiere evitar. Véase Larrauri Pijoán 1997.

<sup>652</sup> Quizá, como lo señala *Cuerda Riezu*, sea correcto afirmar que en tratándose de la naturaleza jurídica del estado de necesidad, no sea posible formular más de dos teorías: la que defiende su unidad, bien sea como un problema de justificación o como un problema de culpabilidad, y la que sostiene su diferenciación. En otras palabras que teorías “heterodoxas” como la del ámbito libre del derecho son en realidad “no-soluciones”, que constituyen una “huida ante un compromiso ineludible”. (p. 238).

<sup>653</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, pp. 219-220.

que, de acuerdo con Mayer, la salvaguarda del propio interés no está prohibida. El comportamiento “está no prohibido”, en sentido jurídico-penal es conforme a derecho, así estrictamente no esté justificado<sup>654</sup>

También para Arth. Kaufmann, uno de los principales defensores de la *teoría del ámbito libre del derecho* (“teoría de la neutralidad” –*rechtsfrei*-), frente a estos eventos que se encuentran en el umbral de lo permitido y de lo prohibido, el ordenamiento *prescinde* de cualquier valoración, no los califica ni como conformes a derecho, ni como antijurídicos. Es decir, no hay una valoración positiva, pero se excluye una valoración negativa.

Una variante de la “teoría heterodoxa de la diferenciación”, se constituye a partir de la *teoría de la atribuibilidad* de Reinhart Maurach, para quien el estado de necesidad entre bienes iguales es “inequívocamente antijurídica, aunque la impunidad se decide antes de llegar a la culpabilidad”: se trata de la exclusión de la “responsabilidad por el hecho”, un escalón intermedio entre antijuridicidad y culpabilidad.

El hecho de considerar ambos supuestos de estado de necesidad (mal menor y mal igual) como una causa de justificación en últimas encuentra, según Gimbernat, un importante refuerzo argumentativo en el discurso de las “*consecuencias reflejas*” que se atribuyen por la doctrina dominante a las causas de justificación. En términos generales, Gimbernat concluye que si se parte de la consideración de las consecuencias reflejas de la justificación para determinar la naturaleza jurídica del estado de necesidad, habría necesariamente que concluir que “siempre el estado de necesidad es justificación, inclusive con bienes del mismo valor”. *Verbi gratia*, el error sobre la existencia de una situación de estado de necesidad es un error sobre los elementos negativos del tipo (“error sobre los presupuestos fácticos de una causa de justificación”); frente a la acción amparada por el estado de necesidad no es posible la legítima defensa, sino otra vez un estado de necesidad<sup>655</sup>.

*Contrario sensu*, si el estado de necesidad en el caso de conflicto entre bienes iguales fuese una causa de inculpabilidad, ello implicaría otorgar a la persona afectada (por la acción de

---

<sup>654</sup> Gimbernat Ordeig en EDP, p. 220.

<sup>655</sup> Lo que para Gimbernat resulta ser una solución más justa, ya que la legítima defensa, por ser la respuesta a una agresión ilegítima, no está sujeta al requisito de la proporcionalidad, mientras que en el estado de necesidad sí rige el principio de proporcionalidad y el mal causado no puede ser mayor que el que se trataba de evitar. Cfr. Gimbernat Ordeig en EDP, 1.990.

necesidad) un derecho a la legítima defensa, conclusión ésta que no es aceptada por los partidarios de la naturaleza exculpante del estado de necesidad, quienes niegan el derecho de legítima defensa al afectado por la acción de necesidad.

Si el estado de necesidad en el caso de conflicto entre bienes equivalentes fuese una causa de inculpabilidad, la participación debería ser punible, pues las causas de inculpabilidad afectan sólo a aquel en quien concurren, pero nunca a un tercero ajeno al conflicto. Esta conclusión, la punición del partícipe, tampoco es admitida, por lo menos no de forma unánime, por quienes consideran que el estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes iguales es una causa de inculpabilidad. Adicionalmente se esgrime y se recuerda que la regulación del art. 8º, numeral 7 del CP de 1973, admite sin límites el auxilio necesario (el estado de necesidad para salvar un bien ajeno).

De acuerdo con Gimbernat, la punición del partícipe en el estado de necesidad no puede ser una tesis correcta por lo menos en lo que se refiere al derecho penal español, con fundamento en el principio de accesoriedad de la participación. De acuerdo con él: es imposible que este resultado sea correcto en Derecho español; pues no se entiende, operando con el conocido ejemplo de la *tabla de Carnéades* (un naufrago mata a otro para apoderarse de una tabla que sólo puede mantener a flote una persona) que el sujeto cuando hace lo más: como autor principal mata por su propia mano a uno de los naufragos para salvar al otro, quede libre de responsabilidad, de acuerdo con el art. 8 numeral 7, está fuera de discusión, pues “evita un mal ajeno”, sin que el mal causado sea mayor que el que se trata de evitar-, y que, en cambio, haya de responder como partícipe cuando no llega tan lejos y, en vez de privar directamente de la vida a una persona, se limita a entregar la pistola a uno de los naufragos para que mate a otro”<sup>656</sup>.

Así mismo, si el estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes iguales fuese una causa de inculpabilidad, entonces el error debería carecer de efectos, ya que este no es admitido para las causas de inculpabilidad, puesto que por regla general se admite la irrelevancia del error sobre los presupuestos objetivos de una causal de inculpabilidad. Sin embargo, como se sabe, de modo general se admite el estado de necesidad putativo.

---

<sup>656</sup> Gimbernat Ordeig 1979, p. 62.

En contra de esta posición, Cerezo Mir señala que si bien el CP español no se ocupa de establecer una regulación clara acerca del tratamiento del error sobre las causas de inculpabilidad, en cualquier código en que no exista una regulación específica<sup>657</sup> y en que no se excluya la apreciación de eximentes por analogía, como en el anterior CP español<sup>658</sup> sería posible la aplicación por analogía de la regulación del error de prohibición, lo que por lo demás no crea ninguna inconsecuencia en la teoría de la diferenciación<sup>659</sup>. Todo lo anterior, y especialmente la crítica en el cuerpo de las “consecuencias reflejas” fue lo que le permitió a Gimbernat<sup>660</sup> concluir cáusticamente de este modo “[...] Pocos consideran el estado de necesidad por conflicto entre bienes iguales una causa de justificación, pero muchos lo tratan como si lo fuera ¿Por qué? Pues porque es una causa de justificación”.

Una mención aparte merece el problema de la *indemnización de perjuicios, indemnización de daños y responsabilidad penal*, pues estos operan en virtud de principios completamente independientes al juicio que recae sobre la aprobación o no de la conducta emprendida en estado de necesidad. De acuerdo con la opinión dominante, constituye un obstáculo para la consideración del estado de necesidad como una causa de justificación, lo dispuesto en la regla 3ª del art. 118, [Título V. De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las faltas y de las costas procesales. Capítulo II. Del tercero civilmente responsable] del Código penal de 1995, según el cual: “En el caso del número 5º [Del art. 20 que contempla las causales de exoneración de responsabilidad penal] serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal, en proporción al perjuicio que se les haya evitado, si fuera estimable o, en otro caso, en la que el Juez o Tribunal establezca según su prudente arbitrio”<sup>661</sup>. No obstante lo anterior, en materia de responsabilidad civil por los

---

<sup>657</sup> En el parágrafo 35 del CP alemán se regula el error sobre las circunstancias que le sirven de base al estado de necesidad como causa de inculpabilidad.

<sup>658</sup> Cree Cerezo que el CP de 1995 imposibilita la apreciación de eximentes por analogía, según el 4º, 3. *Cerezo Mir* 2003, p. 91.

<sup>659</sup> Es importante anotar que en este momento en el que se propone la crítica de Gimbernat a la posición mayoritaria en España sobre el estado de necesidad, allí también era dominante la teoría del dolo, al paso que la teoría de la culpabilidad en su versión ortodoxa o estricta, sólo era defendida por Cerezo Mir, por lo tanto, para este autor, toda la problemática relacionada con el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de exclusión de la responsabilidad penal (justificante o exculpante) debía reconducirse a las reglas del error de prohibición. De otra opinión también sobre el tratamiento de esta clase de error, era Gimbernat.

<sup>660</sup> *Gimbernat Ordeig* en EDP, p. 224.

<sup>661</sup> En este sentido *Cerezo Mir* 2003, p. 194. Bacigalupo considera que tal regla del art. 118 apenas es aplicable al estado de necesidad agresivo y al estado de necesidad que, por suponer una considerable disminución de lo ilícito, excluye únicamente la responsabilidad por el hecho o la exigibilidad. En todo caso, en contra de lo que

daños ocasionados por una acción salvadora que se enmarca dentro de estado de necesidad, la fuente última de la responsabilidad patrimonial parece encontrarse en razones muy distintas a la causación o provocación de un daño injusto en términos jurídico penales y se podría explicar perfectamente a partir de las propias fuentes de la responsabilidad en el derecho civil, como por ejemplo, en el principio de la gestión de negocios ajenos o del enriquecimiento injusto o en simples razones de justicia material.

En síntesis, tratar el estado de necesidad en caso de colisión de bienes iguales como una causa de inculpabilidad conducía<sup>662</sup> a unas consecuencias reflejas, las que o bien resultaban injustas o bien no encontraban apoyo en la legislación española vigente.

El trabajo de Gimbernat provocó el replanteamiento de la comprensión tradicional del art. 8.7 (20.5), hasta el punto de que se puede decir que en la actualidad cuenta con numerosos partidarios y que, en consecuencia, ya no es tan pacífica la estructura de la teoría de la diferenciación. Desde luego, también ha sido objeto de críticas que se tratarán de sintetizar a continuación (véase *in extenso supra* Cap. 3. B). Entre los críticos a esta concepción de Gimbernat acerca del estado de necesidad y de sus premisas, se destacan de modo especial Küper, con quien sostuvo un debate que se puede rastrear en diferentes publicaciones de ambos autores, al que ya nos hemos referido en el capítulo anterior y José Cerezo Mir.

a) primera premisa (expuesta por Gimbernat): Antijuridicidad es lo que el legislador *quiere* prohibir; culpabilidad es lo que el legislador *puede* prohibir. No hay una referencia al “debe”, sino sólo al quiere/puede.

Frente a tal proposición se ha argüido que la diferencia entre lo que el legislador quiere/puede prohibir no hace ninguna referencia a un criterio valorativo, de donde resulta inadmisibles como criterio de distinción entre antijuridicidad y culpabilidad. ¿Es el criterio del injusto lo que el legislador quiere (porque “puede”) prohibir?. Tal posibilidad sería sencillamente inadmisibles, pues el legislador debe querer prohibir acciones no sólo porque puede, sino de conformidad con criterios normativos. Y a la inversa, ¿cada vez que “puede” (pero no quiere)

---

percibe Cerezo Mir sobre la opinión mayoritaria, resulta claro que el conflicto que podría generarse a partir de una norma que dispone el deber de indemnizar en los casos de estado de necesidad, no parece ser un criterio contundente para la definición de la naturaleza jurídica de la eximente. En otras palabras, que este es un obstáculo menor en el camino al conocimiento de la unidad del estado de necesidad como causa de justificación.

<sup>662</sup> También se potenciaba, con seguridad, una variación en la comprensión de los contenidos de las categorías de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

se transforma ello en una causa de eliminación del injusto?. Ello implicaría que cada vez que el legislador no “quiere” castigar se estaría eliminando el carácter injusto del acto.

A ello ha respondido Gimbernat<sup>663</sup> señalando que efectivamente lo antijurídico es todo aquello que el legislador “quiere” (porque “puede”) prohibir. Que ello no debería ser así, es cierto, pero la existencia de períodos dictatoriales muestra cómo efectivamente lo injusto es lo que el legislador quiere (porque puede) prohibir. El problema que quizá produce la contraargumentación de Gimbernat es desproveernos del arma con la cual ejercitar la crítica, ya que se puede impugnar al legislador por incluir en el injusto comportamientos que no debe prohibir, aunque pueda. Y también, en efecto, puede surgir la duda de si cuando el legislador no quiere prohibir algo (aún cuando pueda) ello obedece a que no considera a tal comportamiento injusto o, mejor, a motivos de política-criminal, que no dicen referencia al carácter injusto del acto. Esta última objeción es contestada por Gimbernat en su segunda premisa.

b) Segunda premisa (de la cual parte Gimbernat): Siempre que el legislador *no quiere* prohibir se está frente a una causa de justificación.

Frente a esta proposición se objeta que afirmar que el estado de necesidad en caso de colisión de bienes iguales no es una causa de inculpabilidad no quiere decir que sea, entonces, una causa de justificación. Ya que podría defenderse que en este caso de estado de necesidad se está frente a una excusa legal absolutoria o frente a una condición objetiva de no punibilidad, pues también en estos supuestos se produce la situación entrevista por Gimbernat, que el legislador “puede” motivar (castigar) pero no “quiere”.

La respuesta a esta objeción la realiza Gimbernat<sup>664</sup> manifestando que el estado de necesidad entre bienes iguales no puede concebirse como una excusa legal absolutoria ni como una condición objetiva de punibilidad, aunque admite que también en estos casos se produce una situación similar, esto es, el legislador “puede castigar pero no quiere”.

Sin embargo, según Gimbernat, existe una doble diferencia: la primera es que en las causas de justificación el derecho autoriza el comportamiento frente a cualquier delito y por cualquier persona, mientras que en los supuestos de excusas legales absolutorias y de condiciones

---

<sup>663</sup> Gimbernat, Enrique. Prólogo a *Cuerda Riezu*, p. 16.

<sup>664</sup> Gimbernat, Enrique. Prólogo a *Cuerda Riezu*, p. 18.

objetivas de punibilidad el ámbito de exención queda reducido a determinados delitos y a determinadas personas. La segunda diferencia se basa en la consideración de que en las causas de justificación las actuaciones son consideradas positivas o indiferentes, mientras que los comportamientos previstos en las excusas legales absolutorias y en las condiciones objetivas de punibilidad se trata de situaciones juzgadas claramente como desvaliosas. Que ello es así es por lo que apenas eximen de responsabilidad frente a algunos delitos y frente a algunas personas.

Laurenzo ha planteado como discusión la suficiencia del criterio propuesto para diferenciar entre una excusa legal absolutoria y una causa de justificación. Así, en algunas ocasiones no será fácil concluir si el legislador autoriza el comportamiento o emite un juicio neutral, y entonces se trata de una causa de justificación, o en realidad hay un juicio desvalioso y entonces estamos en presencia de una excusa absolutoria. El argumento que utiliza la autora, y también Bacigalupo, esto es, el del art. 564<sup>665</sup>, quizá no es el más afortunado, debido a que en este caso Gimbernat efectivamente podría contestar que el art. 564 sólo era aplicable a determinadas personas y frente a determinados delitos, con lo cual carece ya del primer requisito, o de la primera condición, para ser considerado una causa de justificación. El argumento de Laurenzo Copello, compartido también por Enrique Bacigalupo, sólo sería irrefutable, en nuestra opinión, si se encontrase una excusa legal absolutoria o una condición objetiva de punibilidad que fuese aplicable a todas las personas y frente a todos los delitos. En tal supuesto sería bastante difícil dilucidar si se está en presencia o no de una causa de justificación en base a la exclusiva consideración de si es un comportamiento valioso o desvalioso<sup>666</sup>.

También Roxin ha advertido que cada vez que el legislador renuncia a la sanción penal de un comportamiento frente a un autor motivable, ello no es debido a que elimine el carácter “injusto” del acto, sino a que a pesar de este injusto y de ser su autor motivable pueden existir razones de política criminal que aconsejen renunciar a la pena.

---

<sup>665</sup> CP derogado por el legislador de 1995.

<sup>666</sup> Entonces quizá podría dudarse de que si el legislador decide no castigar frente a todas las personas y para todos los delitos ello en efecto pueda ser indicio de que no lo desaprueba o de que lo desaprueba pero no lo considera merecedor de pena.

c) Tercera premisa (aportada por Gimbernat): Siempre que el legislador *no puede* prohibir se está frente a una causa de inculpabilidad. Es decir, cada vez que no se puede motivar, se trata de una causa de inculpabilidad.

Frente a esta proposición ha dicho Küper que tampoco es tan claro que el legislador “podía” (pero no “quería”, como ha dicho Gimbernat) motivar a las personas en situaciones de necesidad excepcionales. Pues cuando Gimbernat afirma que la persona podía motivarse, olvida que la capacidad de motivar de la norma no depende en exclusiva de las capacidades individuales de las personas –único elemento que toma en cuenta Gimbernat para decidir que el legislador “podía”- sino de que, por la situación excepcional en que se encuentra, la norma pueda desplegar sus efectos. Sin lugar a dudas, aquí es donde el diálogo entre Küper y Gimbernat se torna más confuso.

Cuando Gimbernat argüye que no son causas de inculpabilidad porque, salvo circunstancias excepcionales, el autor puede motivarse por la norma, Küper responde diciendo que efectivamente el autor es motivable y que por ello no son causas de inculpabilidad, sino sólo causas de exculpación. Esto es, la culpabilidad (motivabilidad) ya está dada, esta se “ex – culpa” porque en atención a la situación se admite la dificultad de motivarse. A esto último Gimbernat ha replicado que no se entiende que si Küper admite que la persona no es motivable siga afirmando su carácter de causas de inculpabilidad<sup>667</sup>.

Cerezo<sup>668</sup> ha señalado que en determinados casos en el estado de necesidad la pena puede no ser eficaz, es decir, no tener efecto intimidatorio. Cerezo<sup>669</sup> afirma que lo consecuente sería, entonces, que todos los elementos del art. 8 tuvieran una doble naturaleza, en atención a si la persona podía o no motivarse. En esta línea, algunas causas consideradas clásicamente de

---

<sup>667</sup> Con prescindencia de que lo que en verdad dice Küper es que se trata antes que de causas de inculpabilidad, de causas de ex – culpación, lo que hasta hoy nunca acometió Gimbernat, y en ello residen quizá parte de los malosentendidos en la discusión con Küper, es porque no deben ser consideradas causas de exculpación (*Entschuldigungsgründe*), como cree Küper, en vez de causas de inculpabilidad (*Schuldausschliessungsgründe*), lo que es exactamente el motivo de la crítica de Gimbernat.

<sup>668</sup> Cerezo Mir en EPC 10 (1985-1986), p.72-73.

<sup>669</sup> Cerezo Mir en EPC 10 (1985-1986), p. 73.

inimputabilidad, si se demuestra que la persona pudo haberse motivado de conformidad con la norma, debieran pasar a ser consideradas causas de justificación<sup>670</sup>.

Esta observación ya había sido anticipada por Gimbernat<sup>671</sup> afirmando que estas situaciones excepcionales de causas de justificación en las que la motivación no es posible son sólo eso, situaciones excepcionales. Mientras tanto, resulta claro que lo normal en las causas de justificación es que la persona pueda motivarse de acuerdo a la norma, y esto es justamente lo que sucede en el estado de necesidad en caso de conflicto de bienes iguales, donde lo normal es que la persona puede atender el dictado de la norma. Por lo demás, el argumento es susceptible de ser invertido: en la legítima defensa se dice que se trata de causa de justificación a pesar de que la persona estuviese en condiciones de no motivabilidad<sup>672</sup>

d) Finalmente también Cerezo<sup>673</sup> ha criticado a Gimbernat su pretensión de incluir en la categoría de la antijuridicidad dos elementos que son sustancialmente diversos: unas causas de justificación valoradas positivamente y otras causas de justificación indiferentes. De acuerdo con Cerezo si el derecho permite un determinado comportamiento es porque lo valora positivamente. Y ello, debido a que una vez se ha realizado el juicio de tipicidad éste no puede eliminarse con un juicio de indiferencia sino de permisión, suficiente para eliminar el desvalor que incorpora la afirmación de la tipicidad del comportamiento<sup>674</sup>.

### III. Otras posiciones

En este punto no debemos dejar de hacer estas dos consideraciones: en primer lugar, que no debe olvidarse que Gimbernat no arguye únicamente el criterio de la eficacia preventiva de la pena, sino que además señala que los comportamientos justificados no son desvaliosos, y que, por el contrario, el comportamiento realizado por un inimputable seguiría mereciendo el

---

<sup>670</sup> Cerezo precisa que en los casos de los inimputables no siempre está excluida la eficacia intimidante y que en el caso del error de prohibición invencible se puede esgrimir en favor del principio *error iuris nocet*, de la irrelevancia del error de prohibición, consideraciones de prevención general, pues la aplicación de una pena en estos casos podría servir de acicate para examinar en cada caso y con mayor cuidado la licitud o la ilicitud de la conducta...por otra parte...no cabría legítima defensa. *Cerezo Mir* 2003, p.246 y s.s.

<sup>671</sup> *Gimbernat Ordeig*, 1976, p. 116.

<sup>672</sup> *Gimbernat Ordeig*, 1976, p. 115, nota 27.

<sup>673</sup> *Cerezo Mir* en EPC 10 (1985-1986), p. 76.

<sup>674</sup> *Cerezo Mir* en EPC 10 (1985-1986), p. 76, nota 46: “[...] si pertenecen al tipo todos los elementos que fundamentan lo injusto específico de una figura delictiva no podrán existir acciones típicas jurídicamente neutrales, indiferentes para el derecho o meramente no prohibidas”.

juicio de disvalor; y, en segundo lugar, que quizá Cerezo no ha observado suficientemente que Gimbernat no dice que la acción típica sea neutral o indiferente. La acción típica está autorizada por una causa de justificación, lo que no requiere es un juicio adicional de estar valorada positivamente.

Santiago Mir Puig desarrolla una particular teoría de la diferenciación en tanto trata de unificar supuestos de estado de necesidad en la causa de justificación y remite el tratamiento de aquellos eventos que a su juicio superarían las condiciones o requisitos de esta eximente, de manera residual, al miedo insuperable. Para Mir Puig, el estado de necesidad siempre es causa de justificación, pero entiende que en esta eximente, que se encontraba regulada en el numeral 7 del art. 8º de este CP, sólo daba cuenta del caso de “males” iguales o desiguales. En cambio, cuando se tratara de un conflicto entre “bienes” iguales, lo procedente era aplicar el miedo insuperable como causa de exculpación.

Mir Puig<sup>675</sup> cree que la colisión de bienes equivalentes debe encontrar su acogida en el art. 8.10 (20.6 en el actual CP)<sup>676</sup>, y no en el art. 8.7 (20.5), con el argumento de que la persona que, impulsada por un estado de necesidad, lesiona el bien de un tercero, está produciendo en realidad dos lesiones, una al bien jurídico individual, y, adicionalmente, está realizando una perturbación del ordenamiento jurídico. Está en realidad “entrometiéndose” en el ámbito de autonomía de un tercero. Para que el ordenamiento jurídico fuerce a la persona a tolerar tal intromisión, el bien que se salva debe ser esencialmente mayor del que se pretende evitar<sup>677</sup>.

Ello, sin embargo, no es necesario en el miedo insuperable del art. 8.10 (20.6), puesto que ahora el fundamento de la exención no es la objetiva ponderación de bienes, sino la presión motivacional que sufre la persona, la afección de su subjetividad. Por esa razón, el legislador no le impone una pena aún cuando el mal ocasionado sea igual. De acuerdo con Mir Puig, el fundamento del estado de necesidad está en el mayor valor objetivo que para el derecho tienen los bienes salvados en comparación con los intereses que se sacrifican<sup>678</sup>, con total prescindencia con la menor o mayor afección de la motivación del autor.

---

<sup>675</sup> *Mir Puig 1983.*

<sup>676</sup> Excepto en el caso en que el mal que amenace sea un mal típico (*Mir*, 1990 p. 488), o en el supuesto de estado de necesidad defensivo (*Mir*, 1990, p. 501). En estos dos casos la causación de un mal justifica.

<sup>677</sup> *Cerezo Mir 1987* critica fuertemente esta construcción.

<sup>678</sup> *Mir Puig 1994.*

Un segundo argumento por el cual no puede considerarse el art. 8.7 (20.5) como causa de inculpabilidad es que para ello sería además necesario limitar los bienes jurídicos que podrían provocar esta afección en la motivación. Pues sólo cuando los bienes amenazados son aptos para perturbar la motivación normal de la persona (por ejemplo una amenaza a la vida, la integridad física o la libertad) puede renunciar el derecho penal a imponer una pena. En el resto de los casos en que la motivación no se ve tan perturbada –porque no se amenaza un bien personalísimo- el ordenamiento jurídico no puede admitir que una colisión de bienes iguales exima de responsabilidad. No hay ningún elemento objetivo que justifique la causación de un mal igual. En consecuencia, Mir defiende que el art. 8.7 (20.5) sea entendido como una causa de justificación, al tiempo que el art. 8.10 (20.6) sea considerado una causa de inculpabilidad.

Ahora bien, lo que no parece quedar claro en la propuesta de Mir Puig, es la definición de los criterios que permitirían determinar el peso o valor de los bienes en conflicto, de modo que no podría sostenerse la procedencia del estado de necesidad, sino, en su lugar, el miedo insuperable. Así mismo, Cuerda Riezu, le critica a esta propuesta, que no explique por qué en un caso (la colisión de bienes), la diferencia del valor entre los términos en conflicto justifica un tratamiento diferenciador y por qué en otro caso (colisión de deberes) determina un tratamiento unitario<sup>679</sup>. De otro lado, tampoco logra superar Mir Puig en su teoría, las críticas que formulaba sobre los inconvenientes de considerar el estado de necesidad como una causa de exculpación, pues también en el miedo insuperable, que generalmente es resuelto en esta misma sede o categoría del delito, se impone un condicionamiento subjetivo para su reconocimiento que no está presente en la mayoría de los casos en los que la persona lesiona un bien ajeno para salvar un propio u otro ajeno<sup>680</sup>.

Por otro lado, en una versión heterodoxa de la teoría de la diferenciación en la que se propende por la negación del carácter exculpante del estado de necesidad, aunque se tratare de bienes de igual jerarquía, Enrique Bacigalupo ha problematizado la idea de que el numeral 7 del art. 8º comprende realmente dos estados de necesidad de diferente naturaleza jurídica, es decir, una justificante y una causa de inculpabilidad, a partir de la tesis de la disminución del injusto en los casos de colisión de bienes iguales. De acuerdo con este autor, el estado de

---

<sup>679</sup> *Cuerda Riezu*, p. 251.

<sup>680</sup> *Cuerda Riezu*, pp. 251 y ss. Debe tenerse en cuenta que el miedo insuperable, también para Cuerda Riezu, constituye una causa de justificación y no una excusa o causal de inculpabilidad:

necesidad en caso de colisión de bienes iguales es una causa que no deja ordenarse adecuadamente en la categoría de la culpabilidad<sup>681</sup>.

De acuerdo con Bacigalupo, “en la medida en que el CP prevé expresamente un estado de necesidad por colisión de bienes de igual jerarquía, que inclusive pueden ser *ajenos*, no cabe duda de que, al menos, cabe poner en duda el carácter de este supuesto como causa de exclusión de la culpabilidad con que lo ha entendido la opinión dominante, pues es evidente que una colisión de intereses en la que el sujeto actuante era un espectador no tiene entidad como para afectar su capacidad de motivación por la norma.

De la misma manera, en tanto el bien salvado no supera la jerarquía del bien sacrificado, es altamente dificultoso pensar que estemos en estos supuestos frente a una causa de justificación<sup>682</sup>. De este modo, la propuesta de Bacigalupo es una propuesta heterodoxa frente a las teorías diferenciadoras y unitaria que consiste en el reconocimiento de una categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad en la que el fundamento de la exclusión de las consecuencias jurídicas del derecho penal fuera la considerable atenuación de lo ilícito penal<sup>683</sup> en la cual estaría resuelto el caso del estado de necesidad disculpante.

Para este autor, la posibilidad de que se admita la colisión de bienes iguales, al no salvarse un interés prevalente, impide considerar el art. 8.7 (20.5) como una causa de justificación. Por otra parte, la admisión del auxilio de tercero sin límites impide considerarlo una causa de inculpabilidad, al no exigirse en el tercero una afección en la motivación.

El argumento principal por el cual Bacigalupo entiende que el estado de necesidad en caso de conflicto entre bienes iguales no debe analizarse en la culpabilidad es porque de acuerdo a este autor lo fundamental en estas constelaciones es que se presenta una disminución del injusto. Por ello no se entiende que esta disminución de injusto produzca sus efectos en la culpabilidad en vez de en la esfera que le es propia, el injusto.

---

<sup>681</sup> Por lo que se refiere a las indicaciones en el aborto también *Laurenzo Copello* (1992) defiende esta posición.

<sup>682</sup> *Bacigalupo*, 1986.

<sup>683</sup> Bacigalupo cree que en la categoría intermedia se trataría de los supuestos en que la atenuación de lo ilícito tiene un papel preponderante, por ejemplo, el estado de necesidad llamado disculpante: “[...] parece adecuado proponer una categoría sistemática que recogiera los resultados de la “responsabilidad por el hecho” [...] que no se fundamentaría en la presunción de la motivación anormal del autor establecida según el término medio, sino en la considerable atenuación de lo ilícito (...) lo realmente comprobado debería tener un peso decisivo en la clasificación sistemática de una eximente”.

Adicionalmente Bacigalupo manifiesta que es extraño que el énfasis se sitúe en la afección de la culpabilidad cuando en realidad esta presión motivacional se presume, ya que no se exige la prueba de que el autor vio efectivamente afectada su capacidad de seguir la norma. Se trata de una presunción para cualquiera que se encuentre en aquella situación, pudiendo en la práctica no producirse el efecto que la ley presume. Por otra parte, lo fundamental en estas constelaciones es cómo *solucionar el conflicto social*, es decir, cuál es la mejor respuesta de acuerdo al ordenamiento jurídico. En este caso la personalidad del autor no juega ningún rol, sino que la variable decisiva son las consideraciones preventivo-generales que deben analizarse en el injusto.

Como ha mostrado Amelung, sigue exponiendo Bacigalupo, es incorrecto recluir las consideraciones de prevención general en la categoría de la culpabilidad. Cuando la pena no se impone por consideraciones de prevención general que dicen relación con el hecho, y no con el autor, este análisis no debiera realizarse en la culpabilidad<sup>684</sup>. Examinar estas constelaciones en la culpabilidad impediría, por un lado, que el autor inimputable se aproveche de la objetiva disminución del injusto, y por el otro, permitiría eventualmente fundamentar la imposición de una medida de seguridad, al producirse un injusto, a pesar de que en estos casos ella estaría totalmente desaconsejada desde el punto de vista preventivo especial.

Lo que Bacigalupo encuentra paradójico es que en la doctrina alemana mayoritaria se aluda al doble fundamento de la exclusión de la pena del parágrafo 35 (estado de necesidad exculpante), esto es, a la disminución del injusto y a la presión motivacional, para a continuación ordenarlo sistemáticamente, y dejar que allí produzca todos sus efectos, en la categoría de la culpabilidad. Con semejante conclusión, o se desconoce o no se toma en consideración la disminución del injusto que existe en los casos de estado de necesidad en que coliden dos bienes iguales. Es en ese sentido que Bacigalupo critica la doctrina de Armin Kaufmann, sobre la cual se asienta la explicación alemana mayoritaria sobre el estado de necesidad exculpante, de negar que la disminución del injusto pueda producir sus efectos en el ámbito del injusto, y que sólo deba graduar la culpabilidad.

---

<sup>684</sup> Es por ello que Amelung (1991), p. 107, afirma que si hay una disminución del injusto ello debería cerrar no sólo la posibilidad de una pena sino también la imposición de una medida de seguridad.

De acuerdo con Bacigalupo, debería distinguirse, a partir del menor o mayor grado de injusto que implique la acción salvadora, entre entre “causas impropias de exclusión de lo ilícito penal” y causas propias de exclusión de lo ilícito penal”, distinción que tendrá efectos a la hora de acordar las consecuencias reflejas de cada uno de estos eventos. Es decir, tratándose de la causación de un daño a un bien de mayor valor que el que resulta afectado, nos encontramos ante una *causa propia de exclusión de lo ilícito penal*, de la que se seguirán las consecuencias previstas tradicionalmente para las causas de justificación, mientras que cuando se trata de la afectación de un bien de igual valor al afectado, las consecuencias se acordaran de diferente manera en tanto no se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, pero tampoco, en sentido estricto de una causa de justificación<sup>685</sup>, lo que permite, en principio diferenciar su propuesta de la de autores a los que nos hemos referido anteriormente como la de Mir Puig y la de Gimbernat Ordeig.

Así mismo, Larrauri Pijoán, aunque ya en vigencia del CP de 1995, sostiene la unidad del tratamiento del estado de necesidad a partir de su consideración del fundamento de la eximente. De acuerdo con esta autora, la distinción entre causas de justificación y excusas o causas de exclusión de culpabilidad vendría dado por la consideraciones de la provocación de un daño mayor:

“[...] las causas de justificación son aquellas situaciones en las que el legislador estima preferente permitir la lesión de un bien para salvar un interés prevalente de mayor valor (el interés prevalente no se reduce a la mera comparación de los bienes jurídicos afectados (principio de proporcionalidad), sino que abarca el contexto en el cual se produce –la necesidad de protección, la inmediatez del peligro, el consentimiento, la función preventiva, etc.”<sup>686</sup>.

Tratándose del estado de necesidad, todos los eventos contemplados en el numeral 5 del actual art. 20, esto es, tanto los casos de afectación de un bien jurídico de menor e igual valor que el salvado, así como los supuestos de auxilio necesario y colisión de deberes, son formas de concreción y realización del *interés preponderante*, que es el principio que ilumina y clarifica la diferenciación entre causas de justificación y excusas. Por lo demás, para esta autora el criterio que permite establecer cuando no nos encontramos ante un caso de interés

---

<sup>685</sup> Bacigalupo terminará acordando para el afectado el derecho de defensa, precisamente por no tratarse de una causa de justificación.

<sup>686</sup> Larrauri Pijoán en Hassemer/Larrauri (1997), p. 52.

preponderante y, por tanto, ante una conducta justificada, es el *principio de ponderación*, entendido en su sentido más amplio de modo que para hacer el juicio de ponderación de la calidad del conflicto al que nos enfrentamos, se hace necesario acudir a una serie de criterios que superan por mucho el mero ejercicio matemático de comparar el peso de los bienes jurídicos enfrentados.

En vigencia de este código, se destacan con mayor fuerza las posiciones que reclaman la interpretación unitaria del estado de necesidad, en el sentido de reconocer que todo estado de necesidad es justificante, tales como por ejemplo la de Luzón Peña<sup>687</sup>, Cuerda Riezu<sup>688</sup>, Gómez Benítez, Roldán Barbero, Quintano Ripollés<sup>689</sup> y Octavio de Toledo y Huerta Tolcido<sup>690</sup>.

---

<sup>687</sup> De acuerdo con Manuel Luzón Peña, a partir de una clasificación que construye teniendo en cuenta aquellas causas de justificación que apenas excluyen o bien el disvalor de acción o bien el de resultado, en el estado de necesidad, sea por conflicto originado entre “bienes” iguales o desiguales, el desvalor objetivo de la acción se excluye debido a la ponderación de intereses, la inexigibilidad general y el respeto a la libertad. Por tanto, para la justificación de la conducta no es precisa la preponderancia de los bienes salvados, sino que basta con su equivalencia. Cfr. *Luzón Peña, Diego-Manuel*, pp. 571 ss.

<sup>688</sup> De acuerdo con *Cuerda Riezu*, 1984, p. 244: “Se puede configurar la eximente del estado de necesidad art. 8.7 (20.5 en el CP de 1995) de forma unitaria, es decir, como causa de justificación en todos los casos que caen en su órbita de eficacia. Lo mismo la colisión de bienes que la colisión de deberes, el estado de necesidad propio que el auxilio de terceros, los conflictos equivalentes que los de distinto valor, constituyen una causa de justificación. Se consigue así que un mismo precepto produzca un mismo efecto para todos los casos que abarca, mientras que la teoría de la diferenciación se ve obligada a romper la unidad del precepto, lo que desde un punto de vista de la técnica legislativa sería más bien discutible”.

<sup>689</sup> Según la exposición que del problema de la naturaleza jurídica que hace *Quintano Ripollés*, no tendría objeción o reparo alguno a la teoría de la diferenciación en el ámbito teórico. Sin embargo, entiende que *la cualidad de justificación o inculpabilidad ha de ser decidida en atención a un sistema positivo determinado* y que en el caso específico del derecho penal español parece existir un voto favorable para la identidad de cualquier estado de necesidad en el art. 8.7, porque además existe un tratamiento unitario en cuanto a los efectos y consecuencias reflejas, ya sea tratándose de un conflicto entre bienes iguales o de uno entre bienes desiguales. (pp. 381 ss.)

<sup>690</sup> De acuerdo con estos autores, de la mano de Mir Puig, es posible sostener por diversas razones la unidad del tratamiento del estado de necesidad, de modo que el enfrentamiento de dos males iguales sea considerado también como una causa de justificación, aunque de ello no sea posible concluir que el ordenamiento jurídico expresa la preferencia por la realización de un comportamiento típico, puesto que tal juicio solo es posible, de acuerdo con estos autores, cuando se trate de la prevalencia del interés legítimo más valioso y el sacrificio del estimado de menor valor (estado de necesidad referido a males desiguales). Es decir, admiten la unidad de tratamiento del estado de necesidad, aunque sometida a limitaciones que se concretan en la idea de que no toda lesión de un bien para salvar otro igual o superior pero de poco más valor, dará lugar a la justificación. Cfr. *De Toledo y Ubieta/Huerta Tolcido*, pp. 232 ss.

#### IV. Código Penal de 1995

Según el numeral 5 del art. 20, está exento de responsabilidad criminal:

*“El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno, lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

*(“Primero”) Que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar.*

*(“Segundo”) Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto.*

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

La regulación de 1995 no contiene ninguna modificación sustancial frente a la anterior, salvedad hecha de la supresión de la expresión “...impulsado por...”, la cual había sido introducida en 1944 y por la cual muchos encontraron apoyo para favorecer la exigencia de un elemento subjetivo en la eximente, es decir, la exigencia de que el autor, además de conocer la situación objetiva del estado de necesidad, se comportara o no movido por el “*elemento subjetivo de justificación*” de querer salvaguardar el orden jurídico. Aquella posición era rechazada por Gimbernat, incluso en vigencia del CP de 1973 que expresamente hacía alusión a que el autor estuviera “impulsado”, pues, según este autor, tal expresión solo se refería al conocimiento de la situación objetiva de necesidad y de ningún modo podría ser la exigencia de un determinado ánimo. No obstante, Sáinz-Cantero Caparros cree que la desaparición de aquella expresión no debe producir drásticos efectos de “objetivación”.

Como lo destacan Gimbernat y Luzón Peña<sup>691</sup>, el art. 20.5 se refiere a todas las modalidades posibles de estado de necesidad (colisión de derechos y deberes, estado de necesidad propio y auxilio necesario y conflicto de diverso o de igual valor), todos ellos sometidos a los mismos condicionamientos para su reconocimiento. En este mismo sentido, Sáinz-Cantero Capparrós señala que “el estado de necesidad tiene sobrada amplitud para admitir en su seno los diversos tipos de conflictos de intereses que una sociedad en evolución puede suscitar, además de aquellas que surgen entre intereses personalísimos del sujeto [...]”<sup>692</sup>.

---

<sup>691</sup> Luzón Peña, p. 61

<sup>692</sup> Sáinz-Cantero-Caparrós, p. 384.

Sáinz-Cantero Caparós se ha lamentado de que el legislador de 1995 no hubiese hecho un pronunciamiento expreso sobre la naturaleza y el fundamento de la eximente, no sólo por la trascendencia del profundo debate abierto en su día por Gimbernat y los partidarios de la teoría monista de la justificación, sino porque tampoco son infrecuentes las propuestas de *lege ferenda* de los defensores de la teoría de la diferenciación para plasmar precisamente la diversidad que mantienen concediendo sedes separadas, e incluso requisitos diversos, a los estados de necesidad justificante y excusante<sup>693</sup>.

En este sentido Sáinz-Cantero Caparrós, tradicional defensor de la teoría diferenciadora, muestra que en España esta teoría ha sido cuestionada recientemente como consencueancia de la revisión que la dogmática penal ha sufrido por la variación de cuestiones tan importantes como la concepción normativa de la que se parte (la paulatina imposición de las teorías imperativas de la norma), y la crisis de algunos conceptos esenciales como la culpabilidad en sentido estrictamente normativo<sup>694</sup>.

## **V. Doctrina de la Sala de lo penal del Tribunal Supremo**

Bien fuese porque así se quería o no, la doctrina de la Sala Penal del Tribunal Supremo español con relación al estado de necesidad ha terminado jugando un papel decisivo a la hora de encarar sus cuestiones más sensibles, como podría tratarse de su fundamento y de su naturaleza jurídica, no precisamente porque en sus fallos el Tribunal haya tomado una posición clara frente a estos aspectos centrales de la dogmática jurídica de la eximente, sino porque, por la vía de la elaboración de la dogmática que le corresponde a cada uno de los requisitos que podrían llegar a configurarla, ha terminado por restarle importancia, tanto a la voz del legislador, como a la de tantos doctrinantes que más allá de conflictos en torno a la posición sistemática de la misma en las categorías del delito, reconocen su amplio alcance dentro del ordenamiento jurídico español.

Quizá valdría la pena recordar las palabras de Córdoba Roda acerca del peso o influjo de las valoraciones ético- sociales a la hora de determinar si la producción de un determinado mal, como consecuencia de un conflicto, puede ser soportado bajo la aplicación de la eximente del estado de necesidad, puesto que es justamente la consideración de esos *valores ético* –

---

<sup>693</sup> Sáinz-Cantero Caparrós, p. 384

<sup>694</sup> Sáinz-Cantero Caparrós, p. 348.

*sociales hegemónicas*, variantes como las propias sociedades, lo que ha determinado el juicio del Tribunal Supremo y de la jurisdicción penal al momento de decidir acerca de la procedencia o no de esta eximente. Así lo ha manifestado Paredes Castañón, para quien los delitos relacionados con las drogas duras y en esa medida, la salubridad pública como bien jurídico colectivo, constituyen el hurto famélico de nuestros días, haciendo alusión al sesgado juicio que en torno a la procedencia de la eximente en cuestión se impuso en esta materia antes de la vigencia de los códigos penales de 1928 y 1932. De acuerdo con Paredes Castañón, en estos casos: “las soluciones dependen de la ideología de autores y tribunales, más que por una interpretación técnicamente correcta de las normas que regulaban este supuesto estado de necesidad”<sup>695</sup>.

Antes de la vigencia del CP de 1995, el Tribunal Supremo ya hablaba del “*carácter absoluto del estado de necesidad*”, entendiéndolo como que [para el reconocimiento de la eximente] “no podría quedarle al agente otro medio viable ni menos perjudicial, para separar de sí, el mal grave e inminente que le amenaza, que acudir a la infracción jurídica que por él se comete [...]”<sup>696</sup>. Ahora bien, acerca de la realidad del mal que subyace a este conflicto, Córdoba Roda entiende que se trata de una exigencia procesal consistente en la posibilidad de respaldar probatoriamente dicho conflicto y no de una comprobación objetiva de la realidad de dicho mal, aunque en algunos fallos el Tribunal habría reclamado como requisito para la procedencia de la eximente, la constatación objetiva del peligro<sup>697</sup>.

Sobre la procedencia restrictiva de la eximente del estado de necesidad, el Tribunal Supremo ha expresado lo siguiente: “No en balde se trata de una situación límite en la que el equilibrio, la ponderación y la ecuanimidad de los jueces han de marcar la frontera entre lo permitido y lo prohibido. De un lado, para ponderar racionalmente situaciones en las que el sujeto tiene que actuar a impulso de móviles inexorables legítimos, de otro para evitar, expansivamente, impunidad inadmisibles, con quiebra de la propia seguridad jurídica, si cualquier conflicto de intereses abocara a la comisión del delito”<sup>698</sup>.

---

<sup>695</sup> Paredes Castañón en Poder Judicial 13, pp. 115.

<sup>696</sup> STS 6 noviembre de 1943, similar 28 noviembre 1944.

<sup>697</sup> STS junio 9 de 1936, 28 de noviembre de 1944, 11 de octubre de 1950

<sup>698</sup> STS 26 de enero de 1998. MP. Gregorio García Ancos; de 14 de mayo de 1998. MP. José Augusto Vega Ruíz; 19 de octubre de 1998. MP. José Augusto Vega Ruíz; 26 de enero de 1999. MP. José Augusto Vega Ruíz, de 20 de mayo de 1999. MP. Cándido Conde-Pumpido Tourón; de 1 de octubre de 1999. MP. Eduardo Moner

Aunque la ley penal no exige para la procedencia del estado de necesidad, una valoración sobre la gravedad del mal, también la doctrina del Tribunal Supremo ha introducido este criterio como elemento para la determinación de la procedencia o no de la eximente, “que, en todo caso, la situación ha de ser grave y el riesgo inminente”, al punto de restringir en algunas decisiones tal gravedad a la causación de una acción típica. Entre las decisiones que se apartan de esta perspectiva, en una de 1963, se reconoció su procedencia para la evitación de fuertes dolores<sup>699</sup>.

La doctrina unánime del Tribunal Supremo sostiene que la *esencia* de la eximente se encuentra dada por la *existencia de un conflicto*, es decir, de un peligro grave e inminente de que se produzca un mal, que hace necesario la producción de otro. Ahora bien, cuando el Tribunal Supremo habla de la esencia del estado de necesidad no parece estar refiriéndose con esta expresión a lo que late detrás de la institución, sino, más bien, a aquello sin lo cual sería imposible predicar una situación de estado de necesidad: el conflicto de bienes que haga necesario lesionar el bien jurídico ajeno.

De acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo, el fundamento de la eximente no es unánime pero en términos generales obedece a aquello que es posible exigirle a los ciudadanos, pues, no está dado reclamar de ellos comportamientos heroicos, como el sacrificio de sus propios bienes para la salvaguarda de bienes ajenos. En esa medida, procederá el estado de necesidad cuando “el mal que se pretende evitar sea real, grave y actual o inminente, y también la comprobación de que el agente haya agotado todos los medios alternativos lícitos para soslayar ese mal antes de acudir a la vía delictiva, de tal manera que, fracasados aquellos, no quepa otra posibilidad humanamente razonable que el delito, pues a nadie se le puede exigir la heroicidad o el martirio en este ámbito”<sup>700</sup>.

---

Muñoz; de 18 de abril de 2002. MP. Juan Saavedra Ruiz; de 19 de junio de 2008. MP. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; de 15 de octubre de 2010. MP. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; de 10 de marzo de 2011. MP. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

<sup>699</sup> Sobre ello la sentencia de diciembre 18 de 1963, que estimó como el mal que se trató de evitar la subsistencia de fuertes dolores causados por una enfermedad cancerosa.. En esta decisión, se le atribuyó prevalencia al interés “primario, concreto y personalísimo de mitigar los propios dolores”

<sup>700</sup> STS de 5 de octubre de 1998. MP: Diego Antonio Ramos Gancedo; de 24 de julio de 2000. MP. Julián Artemio Sánchez Melgar; de 2 de octubre de 2002. MP. Diego Antonio Ramos Gancedo; de 23 de junio de 2003. MP. Julián Artemio Sánchez Melgar; de 10 de febrero de 2005. MP. Francisco Monterde Ferrer; de 7 de mayo de 2009. MP. Andrés Arriera Martínez; de 21 de enero de 2010. MP. . Francisco Monterde Ferrer; de 15

El Tribunal Supremo ha venido sosteniendo la diferenciación entre estado de necesidad a partir de la *gravedad de los males enfrentados* de forma reiterada y en los siguientes términos: “si el mal causado es menor que el que se trata de evitar, estaremos ante una causa de justificación y si hay paridad entre ambos bienes jurídicos tutelados estaremos ante una causa de inculpabilidad”<sup>701</sup>. De igual modo, acerca de la procedencia de la eximente completa o de la incompleta, el Tribunal Supremo se ha pronunciado en los siguientes términos: “Respecto de la proporcionalidad del mal causado, se ha establecido [...] que si el mal que se pretende evitar es de superior o igual entidad que la gravedad que entraña el delito cometido para evitarlo, y no hay otro remedio humanamente aceptable, la eximente debe ser aplicada de modo completo; si esa balanza comparativa se inclina mínimamente a favor de la acción delictiva y se aprecian en el agente poderosas necesidades, la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial (eximente incompleta); pero si ese escalón comparativo revela una diferencia muy apreciable, no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades”<sup>702</sup>

### **C. Un caso *sui generis*: El estado de necesidad en la legislación colombiana**

El primer CP de la República neogranadina aparece en 1837 y en él no se hace ninguna referencia al estado de necesidad. Lo mismo ocurre en los Códigos de la República Liberal de 1873 y en el CP de 1890. En todas estas codificaciones no se encuentra una regulación expresa referida al estado de necesidad pero ello no quiere decir que tal situación fuese considerada irrelevante en este periodo de cara a la determinación de la responsabilidad penal. Si bien es difícil hablar de una doctrina especializada en derecho penal en este periodo, existen dos claros ejemplos que dan cuenta de que la necesidad sí tenía efectos exoneratorios de la responsabilidad criminal.

El primero de ellos se encuentra en Fernando Vélez Barrientos quien en su texto *Datos para una historia del Derecho Nacional* publicado en 1891, ejemplifica cómo tales situaciones de necesidad sí eran consideradas al momento de determinar la procedencia o no de la pena, seguramente por la influencia ejercida por los casos recopilados en la siete partidas que tan

---

de octubre de 2010. MP. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre; 6 de julio de 2011. MP. Francisco Monterde Ferrer; de 4 de octubre de 2011. MP. Andrés Martínez Arrieta.

<sup>701</sup> STS de 14 de junio de 2002. MP. Luis Román Puerta Luis; de 18 de abril de 2002, MP. Juan Saavedra Ruiz; de 4 de octubre de 2010. MP. Carlos Granados Pérez; de 28 de febrero de 2011. MP. Carlos Granados Pérez; de 11 de julio de 2011, MP. Andrés Martínez Arrieta.

<sup>702</sup> STS de 4 de octubre de 2011. MP. Andrés Martínez Arrieta.

solo hasta 1873 dejaron de constituir fuentes del sistema penal colombiano. De acuerdo con lo expresado por Vélez Barrientos: “En el nuevo Reino de Granada rigieron las leyes Generales de España sobre el Particular, y además las disposiciones especiales sobre la Recopilación de Indias”<sup>703</sup>. Como ya se ha dicho<sup>704</sup>, en las siete partidas, específicamente en los apartados correspondientes de las leyes 3ª y 12ª del título XV, se recopilaban eventos que hoy en día se reconocen de manera abierta como supuestos de necesidad.

En segundo lugar, José Vicente Concha quien publica su *Tratado de Derecho Penal* en vigencia del CP de 1890 equipara el tratamiento del estado de necesidad a los eventos de legítima defensa<sup>705</sup>. Así mismo, en el Proyecto de CP elaborado por el mismo Concha en 1912 se incluye como una de las causas de justificación el estado de necesidad, aunque luego se dice que la conducta realizada bajo el amparo de una de estas causas no es punible y no se insista en su capacidad de justificar la conducta<sup>706</sup>. El estado de necesidad en el llamado “Proyecto Concha” fue regulado en los siguientes términos:

“[Art. 45] No es punible el que ejerza un acto para precaverse a sí mismo o a otro de un peligro grave o inminente, que amenace la vida o el honor, cuando no fue causa del peligro quien se ve amenazado por él, y no puede evitarlo de otra suerte”<sup>707</sup>.

La Comisión de 1923 encargada de la redacción del proyecto de CP, consagró el estado de necesidad como una *causa de no punibilidad*<sup>708</sup>. Tales lineamientos trazados por la Comisión

---

<sup>703</sup> Vélez Barrientos 1891, p. 191.

<sup>704</sup> Véase *supra* Capítulo Cuarto, A. La regulación de la exigente en España.

<sup>705</sup> Concha 1896, pp. 99 ss.

<sup>706</sup> En este sentido, véase Cancino Moreno 1978, pp. 26.

<sup>707</sup> “Al presentar en julio de 1912, este proyecto [“Proyecto Concha”], el doctor Concha, en la parte introductoria decía “...las causas de justificación, tales como las órdenes de la ley y las que dentro de éstas dicte la autoridad, la legítima defensa y el estado de necesidad, se comprenden en el Derecho Penal General, como lo hacen los códigos recientes, los de Holanda, Hungría, Zurich, y en casos tales, *puesto que se trata del ejercicio de un derecho*, no hay lugar a la aplicación de la pena, *porque no ha existido en realidad la infracción*.... A pesar de lo anterior y aunque en el título cuarto se hablaba de “la responsabilidad penal y de las causas de justificación...”, ya en el articulado del proyecto cada norma pertinente se encabezó con los términos “...no es punible...”, con lo cual se oscurece un poco el pensamiento consignado en la parte motiva”. Cancino Moreno 1978, p. 24.

<sup>708</sup> “La explicación de la figura la encontramos en las actas correspondientes (p. 209), en los siguientes términos: “El numeral tercero (sic) consagra como causa de no punibilidad lo que llaman los expositores el estado de necesidad. No quita él la ilicitud del acto, de suerte que propiamente *no debiera considerarse como causa de justificación*, sino de excusa; el que obra en estado de necesidad y así vulnera el derecho ajeno, siempre incurre en la infracción, pero las circunstancias que lo han obligado a ello son suficientes para que se le *exima de responsabilidad penal*. El estado de necesidad, como causa de excusa, se presenta con frecuencia en las

de 1923 fueron puestos de igual modo en la elaboración del CP de 1936, primera legislación penal en la que aparece una regulación expresa del estado de necesidad aunque esta vez sí se le consideró taxativamente como causa de justificación de la conducta<sup>709</sup>.

De igual modo y a pesar de la ponencia presentada en el seno de la Comisión de 1974 por Romero Soto, que consagraba el estado de necesidad como justificante y disculpante, es decir, consagraba la teoría diferenciadora tal como ocurría en Alemania, en el CP de 1980<sup>710</sup> se conservó la regulación del estado de necesidad exclusivamente como justificante. Finalmente, la redacción del actual CP, Ley 599 de 2000, continúa la línea teórica y práctica que ha sido mayoritaria ente nosotros y consagra en el numeral 7 del art. 32 el estado de necesidad de forma unitaria como causa de justificación de la conducta, a pesar de que en la doctrina perviven algunas voces minoritarias que pretenden hacer del sentido del texto legal la puerta para la introducción de la teoría diferenciadora<sup>711</sup>.

---

contravenciones. En el caso del que sin licencia de autoridad competente se ve obligado por necesidad urgente a manejar un vehículo, o a hacerlo transitar por donde está prohibido”.

“El Dr. Montalvo agrega que aun tratándose de delitos ocurre con frecuencia esta causa de *no punibilidad, verbigratia*, en el caso de quien mata o hiere a un loco para librarse de su agresión; no podría comprenderse este caso entre los de legítima defensa, porque el loco no es capaz de actos injustos y una de las condiciones de la legítima defensa es precisamente la injusticia de la agresión. También queda comprendido en esta causa de *no punibilidad* el que se ve en la necesidad de dañar la propiedad de otro, por ejemplo dando muerte a un animal ajeno por defenderse de su acometida”.

<sup>709</sup> Respecto a la redacción del artículo correspondiente a las causas de justificación en el CP de 1936, *Cancino Moreno* explica lo siguiente: “Como en esta comisión se encontraban varios de los comisionados que habían participado en la elaboración del proyecto antes mencionado [de 1923], era natural que se siguieran los lineamientos en aquél entonces trazados. Y fue por ello por lo que en lo pertinente a las causas de justificación no se produjeron mayores cambios. Se agregó, sí, en oportunidad, el fenómeno de la legítima defensa privilegiada y se hicieron algunas adiciones al numeral segundo sobre la legítima defensa, ya que en la anterior oportunidad no se había consignado el fenómeno de la proporcionalidad, ni los bienes objeto de defensa”. *Cancino Moreno* 1978, p. 29.

<sup>710</sup> En la comisión de 1972, el Dr. Romero Soto (Acta N° 16) presentó la siguiente fórmula: “...Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que no se haya causado intencionalmente por el agente, que éste no tenga la obligación jurídica de afrontar y **siempre que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar**”. *Cancino Moreno* 1978., pp. 34-35. (Destacado por fuera del texto original). Respecto a esta fórmula el comisionado Romero Soto explicaba lo siguiente: “Es de anotar que la fórmula cuando habla de que “el mal causado es menor que el que se trata de evitar, se está adhiriendo a la llamada teoría diferenciadora o de balanceamiento o comparación de bienes, señalándose un límite o moderación a la actividad del que se protege en tales circunstancias. Si desaparece de la norma esta parte, sería prudente consignar una expresión que requiera la necesidad de que exista una proporción entre el mal causado y el que se trata de evitar así como sucede en la legítima defensa y pudiera emplearse cualquiera de las locuciones de uso para esos casos, como por ejemplo, “proporcionalmente moderadas” o “ateniéndose a los límites de los bienes en juego”, etc.”. *AAVV*. 1980, pp. 219-220.

<sup>711</sup> *V.gr.*: *Gómez López* 2003, pp. 562 y ss.; *Velásquez Velásquez* 2009, pp 457-468.

## I. Estado de necesidad en la doctrina penal colombiana

En el derecho penal colombiano no es posible encontrar tan sólo una posición a lo largo de poco más de un siglo de doctrina penal nacional, en la que se exprese la renuncia o negación de los efectos exoneratorios del estado de necesidad. Ello a pesar de que entre las múltiples posiciones defendidas desde el primer tratado de derecho penal que se conoce entre nosotros, de José Vicente Concha<sup>712</sup>, hasta los más recientes trabajos publicados sobre la materia, se encuentran posiciones filosóficas y políticas tan variadas así como cambios tan notorios en la forma de hacer derecho penal.

Si bien el juicio de Roberth Uribe Álvarez<sup>713</sup> podría acercarse a la realidad de lo que ha sido la evolución de la doctrina penal entre nosotros, en lo que se refiere a la mayoritaria vinculación a la ley por parte de los autores que se han ocupado entre nosotros del estado de necesidad. También es cierto que en esos primeros tratados se encuentran de manera explícita o implícita auténticas razones de fundamentación del poder punitivo así como de sus límites. La cuestión realmente interesante es destacar cuáles han sido esos argumentos recurridos por la doctrina nacional para fundamentar, aunque no siempre explícitamente, el efecto exonerador del estado de necesidad.

Dos constantes metodológicas de las que ya se ha hablado se muestran como los puntos más destacados en el tratamiento del estado de necesidad en la doctrina nacional: la primera, la creencia de que la *fundamentación y la naturaleza jurídica* de la causa de exclusión de la responsabilidad pueden hallarse a partir de la dilucidación de sus requisitos y de sus efectos o de que, por lo menos, este esclarecimiento permitirá distinguirla de otras causas de exclusión de la responsabilidad penal. La discusión por lo general se ha centrado en la distinción entre esta y la legítima defensa debido, como se sabe, a una tradición jurídica que se remite a los primeros siglos de la modernidad, en donde estas compartían el mismo fundamento y por tanto, el mismo tratamiento jurídico.

La segunda, que es una constante que se presenta también en la doctrina extranjera, consiste en acudir a filósofos y pensadores políticos que nada dijeron respecto a estos asuntos tan

---

<sup>712</sup> El *Tratado de Derecho penal y comentarios al CP* de José Vicente Concha, obra pionera de la dogmática jurídica penal colombiana, ha sido reeditado siete veces desde su primera publicación en 1897 por la Librería Americana, la última de ellas en 1929

<sup>713</sup> Véase Uribe Álvarez en LH Fernández Carrasquilla, pp. 1135-1180.

puntuales, como la posición sistemática del estado de necesidad o el problema de sus consecuencias o efectos reflejos según que se considere causa de justificación o causa de exclusión de la culpabilidad. Federico Estrada Vélez es uno de aquellos autores que se caracterizan por la *pretendida apoliticidad* de su posición, sin embargo, no puede negarse que en sus argumentos existen elementos políticos evidentes que le hacen preferir la teoría unificadora en lugar de la diferenciadora. En este autor es más notorio que en otros, que recurre a las mejores consecuencias sistemáticas y prácticas a la hora de decidir cuál de las teorías en torno al estado de necesidad resulta ser la de mejores réditos, así como también al criterio de la tradición jurídica:

“...[ la **teoría unificadora** se acomoda cabalmente a la estructura de la antijuridicidad y simplifica todos los problemas, y por eso creemos que el Código Penal, siguiendo una larga tradición, fue acertado al acoger este criterio”<sup>714</sup>.

De igual modo, para Bernardo Gaitán Mahecha la cuestión de determinar si el estado de necesidad es una justificante o una causa de inculpabilidad importa sólo y en tanto es relevante a la hora de determinar la procedencia del pago de perjuicios producidos con la acción salvadora, tesis que avala la idea de que buena parte de la doctrina nacional, seguramente influidos por una marcada tendencia a despejar todo asunto político o filosófico de la teoría del delito, emprende el estudio de esta causa de exclusión de la responsabilidad penal por donde ésta debería terminar, una vez que se supiera por qué esta situación tiene esos efectos jurídicos.

De acuerdo entonces con Gaitán Mahecha:

“[...] Cabe si examinar la cuestión relacionada con la precisión de si el instituto es realmente una causa que excluya la antijuridicidad (de justificación) o si por el contrario es simplemente de exculpación. **El problema tiene solo importancia para resolver lo atañadero a la responsabilidad civil** [...] Esto no cambia desde luego la naturaleza que tiene como causal de justificación [...] El que obra en estado de necesidad obra conforme a derecho, en cuanto el orden jurídico lo permite para salvarse; pero queda en pie, también por razones de ese mismo orden jurídico, la indemnización. Nuestro sistema legal colombiano no permite, desde luego, esta solución. Quien obra en estado de necesidad no responde, en Colombia, ni penal, ni

---

<sup>714</sup> Estrada Vélez 1986, p. 217.

civilmente. Una reforma en tal sentido sería útil”<sup>715</sup>

La tesis imperante entre nosotros es una verdadera sorpresa si se tiene en cuenta lo que ha sido el estado de la discusión en la doctrina extranjera en donde la tesis unificadora en la antijuridicidad, es decir, la de que el estado de necesidad siempre es una causa de justificación sin importar el valor de los bienes en disputa, es minoritaria. En el derecho penal colombiano se ha presentado una situación completamente diferente y la constante ha sido siempre la defensa de la tesis de menor acogida en el derecho penal extranjero.

Ahora bien, como se decía anteriormente, las posiciones en torno al fundamento de los efectos eximentes del estado de necesidad siempre han estado en una *disputa dialéctica* entre argumentos de orden *organicista o comunitarista* como la solidaridad y un argumento que se remonta al simple y llano *individualismo* como lo es la subsistencia y allí uno de los argumentos más recurridos es la imposibilidad de cualquier ordenamiento jurídico de exigirle al ciudadano que se convierta en un héroe o en un santo. Otros tantos han recurrido al interés preponderante y a la ponderación entre el bien salvado y el bien sacrificado, así como también, algunos han criticado esta postura por considerarla indemostrable en un caso concreto en el cual no se encuentre en disputa la vida sino un bien de menor entidad<sup>716</sup>.

Jorge Gutiérrez Gómez es uno de los primeros autores que se ocupa de esta cuestión. Siguiendo el sistema positivista de causas de exclusión de la responsabilidad propuesto Enrico

---

<sup>715</sup> Gaitán Mahecha 1963, p. 146 (énfasis original).

<sup>716</sup> “[...] una correcta y equitativa valoración de los bienes jurídicos que se disputan la preeminencia es casi imposible, ya que si bien en algunos casos no resulta difícil determinar una clara diferencia, en muchos casos tal diferenciación resulta algo inalcanzable [...] no resultaría jurídico afirmar que el interés preponderante es el de quien finalmente logró salvarse, ya que no siempre ni la fuerza ni la suerte están del lado de quien tiene la razón. Una respuesta en tal sentido sería la negación misma del derecho. En síntesis, nos parece que la concepción que acoge la tesis del interés preponderante para explicar el estado de necesidad justificante, parte de un presupuesto que teóricamente es respetable pero que ofrece problemas insolubles cuando se confronta con la realidad. Si de conflicto entre bienes de igual importancia se trata, también resultan discutibles las razones que se dan para afirmar que quien sacrifica un bien actúa antijurídicamente, pero su comportamiento será considerado inculpable [...] no todos los casos en que se presenta conflicto entre bienes de igual naturaleza asumen las características de la *tabula unius capax* y difícilmente podría afirmarse que en la hipótesis de que alguien destruya una cosa ajena para salvar la propia ha carecido en el momento de actuar de una motivación normal o ha actuado movido por miedo insuperable”. Aldana Rozo. 1978 pp. 82-83. Así también Pérez: “Reservas sobre el interés preponderante: Sin embargo, no siempre es fácil discernir cuáles son los intereses prevalecientes. Un objeto cuantioso merece mayor preocupación y más calificada defensa que otro de menor entidad económica. Pero a veces prepondera el más pobre a él se vinculan afectos, pretensiones, compromisos intelectuales o motivos históricos. Otro tanto ocurre con los “intereses públicos”, que en ocasiones se inflan artificialmente o se ponderan hasta el exceso [...]”. Pérez 1987, p. 391.

Ferri, para este autor las causas de justificación pueden ser *secundum legem* o *contra legem*. Las primeras indican que el autor del hecho actúa secundado por la ley, pues *aun cuando procede con intención, ésta se halla respaldada por el derecho y por la ley*; es decir, el ordenamiento permite que el sujeto reaccione en contra de lo que dispone la ley penal porque con su acción está realizando los fines del ordenamiento jurídico, mientras que en la segunda clase, si bien el ordenamiento no secunda este tipo de acciones, el sujeto no puede ser castigado en tanto las condiciones particulares en las que llevó a cabo la conducta lo hacen inculpable.

Al respecto señala Gutiérrez Gómez lo siguiente:

“[...] todo el criterio de esta escuela se informa en la defensa social y si la sanción se aplica al sujeto de acuerdo con su peligrosidad, **en los casos de justificación el agente se revela como no peligroso y el conglomerado no tiene de qué defenderse**; al contrario, quien defiende un derecho no solamente defiende las condiciones de su existencia, sino también las de la sociedad en que actúa. De ahí su irresponsabilidad”<sup>717</sup>.

En cuanto al fundamento del estado de necesidad, luego de describir las principales teorías que se han formulado al respecto<sup>718</sup>, el autor manifiesta su preferencia por aquella que entiende que en estos eventos el sujeto actúa de acuerdo a las exigencias de su *instinto de conservación*, situación que no sólo es permitida por el ordenamiento jurídico sino que debe ser promovida siempre que el sujeto en situación de necesidad no cuente con otros medios para el aseguramiento de sus derechos:

“En todos estos casos [naufrago, incendio y situación angustiosa de miseria], como se ve, no existe agresión ni provocación contra el agente, quien actúa inexorablemente en ejercicio de su instinto de conservación, sin poder adoptar un medio diverso del empelado para evitar su propio sacrificio. Es natural que si en tales hipótesis, el agente pudo recurrir a otros medios,

---

<sup>717</sup> Gutiérrez Gómez 1940, p. 119.

<sup>718</sup> “Sobre el estado de necesidad se han ideado diversas teorías, de las cuales las principales son las siguientes: 1ª el estado de necesidad suprime la imputabilidad. La causa de justificación en esta teoría descansa en la coacción psicológica emanada del temor de un mal inevitable, de manera diversa a la actuación del agente. 2ª El estado de necesidad suprime al acto el carácter de ilícito, pues existiendo la colisión de dos derechos o bienes jurídicos, se impone o predomina el que corresponde al actor, porque éste está obligado de modo primordial a tutelar su propio derecho antes que los correspondientes a las demás personas. 3ª El estado de necesidad encuentra su plena justificación sencillamente en el instinto de conservación”. Gutiérrez Gómez 1940, pp. 132-133.

debió emplearlos para no vulnerar los derechos de personas inocentes”<sup>719</sup>.

Mucho más amplio es el esfuerzo de fundamentación del estado de necesidad que se encuentra en Carlos Lozano y Lozano, quien recurre a argumentos de toda índole para que no quede duda de la absoluta procedencia de la exclusión de responsabilidad en estos eventos.

Así se pronuncia este autor sobre la fundamentación del estado de necesidad:

“[...] Creemos que el acto que procede de la necesidad es justo y consideramos que la explicación más atendible sobre el particular la dio Filangieri, cuando dijo que las leyes deben inspirar pero no pueden exigir la perfección en el hombre. El heroísmo y el sacrificio no pueden jamás imponerse como obligaciones. Y abstenerse del sacrificio no es violar el derecho. Es atender al imperativo del instinto de conservación.

A lo que agrega:

“De otra parte la ley penal tiene siempre en cuenta la moral media y las condiciones de existencia de la mayoría humana. Y ni la moral media y las condiciones de existencia de la sociedad sufren perjuicio en este caso, ya que dentro de la esfera jurídica es siempre preferible, que el derecho menos importante ceda el paso al más importante, y en caso de igual derecho que se perjudique el menor número de ellos. Y como si todavía hubiera lugar a dudas respecto a su posición, dice: “De otra parte el que obra sólo movido por la necesidad no se demuestra como peligroso ni antisocial y el motivo que lo determina tampoco es antisocial, sino conforme a la conservación de la especie. Finalmente no hay daño público ni alarma, porque nadie puede alarmarse en presencia de un hecho que todos sienten que habían ejecutado al verse colocados en las mismas circunstancias”<sup>720</sup>.

La posición que asume Lozano y Lozano es sumamente compleja y es difícil encasillarla en una determinada tendencia política, pues, con relación a los argumentos más recurrentes en defensa del estado de necesidad, este autor hace uso de todos ellos para llegar a una conclusión bastante amplia: que ni es posible exigirle al ciudadano que se sacrifique para salvar los derechos de otros, ni existe un interés de la sociedad en ello, pues esta prefiere la

---

<sup>719</sup> *Gutiérrez Gómez* 1940, p. 134.

<sup>720</sup> *Lozano y Lozano* 1950, pp. 271-272.

salvaguada de una vida en lugar de la pérdida de dos<sup>721</sup> ni tampoco existen razones que hagan pensar que el sujeto que actúa en este sentido signifique un peligro para el conglomerado social. A lo que se suma el hecho de que Lozano y Lozano legitima de igual manera la acción del tercero que interviene para salvar el derecho de un tercero que se encuentra en una situación de extrema necesidad para lo cual recurre a los argumentos de la solidaridad y la prevalencia del bien de mayor valor<sup>722</sup>.

Bajo el ropaje de la ponderación de intereses, Agustín Gómez Prada señala la equiparación del fundamento entre legítima defensa y estado de necesidad, en tanto la primera es tan solo una especie del segundo. Este fundamento, según Gómez Prada radica en el *instinto de conservación* y en la *imposibilidad de exigir actos de heroísmo* a quien se encuentra en una situación de inminente peligro para su vida, ya que el Estado tiene un interés legítimo en la conservación de la vida de cada sujeto<sup>723</sup>. También recuerda este autor que los terceros se encuentran facultados para intervenir y para salvar la vida de quien se encuentra en una

---

<sup>721</sup> “[...] la sociedad tiene el mismo interés en la conservación de cualquier vida humana. Pero ante el dilema irremediable, no podría ser racional ni equitativo que se prefiriera el sacrificio de varias vidas al sacrificio de una sola, ni que se impusiera el acto heroico de sacrificar la propia, para salvar la ajena, salvo el caso del deber profesional [...] en esta dolorosa emergencia, es inevitable abandonar la solución de este conflicto al que sea capaz de vencer al otro; ni la violencia del vencedor ni la del vencido son injustas”. *Lozano y Lozano* 1950, p. 272.

<sup>722</sup> “[...] La doctrina prevaleciente, que está consagrada en el código italiano de 1890, y también en el nuestro, art. 23, acepta la extensión de la causa justificante a la salvación de terceros, sin distinción alguna, porque ha parecido más conveniente para la actuación del orden jurídico, proteger el impulso de solidaridad humana que mueve a beneficiar a cualquier otro hombre. Pero en verdad no deja de ser muy peligroso el permitir decidir a un particular cuál entre dos vidas ajenas debe ser salvada. Quien se decide a hacer esta escogencia ya no obra por virtud del instinto incoercible de conservación; y si bien no puede desconocerse que un padre, un hijo o un esposo, tienen derecho a preferir la vida del hijo, el padre o la esposa, a la del extraño, por virtud de un impulso que tiende también a consolidar y defender el agregado social, más bien que a desorganizarlo o destruirlo, no resulta admisible el ejercicio de este poder discriminatorio en los demás casos, salvo cuando se demuestre que se trataba de salvar mayor número de vidas con el sacrificio de menor número, o cuando de no salvarse a uno de los dos que están en peligro, ambos perecerían. Pero no es justo ni jurídico intervenir a favor de uno y en contra del otro. Toda esta doctrina debe estar presidida por la preferencia acordada al mal menor [...]”. *Lozano y Lozano* 1950, p. 273.

<sup>723</sup> “Las razones para consagrar esta causal de justificación son las mismas que en la legítima defensa. Para la escuela positiva, la necesidad del acto que destruye los ajenos es determinada por el instinto de conservación y, por tanto, por motivos legítimos, puesto que no solamente no se pueden exigir actos heroicos, sino que la conservación de cada sujeto importa a la sociedad [nota al pié: *necitas legem non habet*, la necesidad no tiene ley (Decretari, L. V. Tomo 41, c4)]” (p. 330). *Gómez Prada* 1959, p. 330.

situación de esa estirpe, siempre que no tuviera razón especial para preferir la vida de uno en lugar de la del otro<sup>724</sup>.

En este mismo sentido, Antonio Vicente Arenas recuerda que en las situaciones de necesidad que implican la justificación de la conducta, tales como un incendio u otra calamidad semejante, todas las personas tienen el mismo derecho a sobrevivir y también el tercero que interviene para procurar la salvación de uno de los dos enfrentados, se encuentra exento de cualquier tipo de responsabilidad penal, aunque advierte que en estos eventos el juez debe tener una particular atención para evitar que el tercero intervenga con la finalidad de afectar a uno de los enfrentados y que en estos eventos la proximidad, cercanía o parentesco con quien es salvado, criterios que hacen a la idea del “mejor derecho”, son relevantes para determinar si su intención era la de salvar y no la de afectar a uno de los sometidos a la fatalidad de la situación extrema de necesidad<sup>725</sup>.

Para este autor:

“[...] El estado de necesidad se apoya no solo en el instituto de la propia conservación (vida e integridad personal), sino también en la **sociabilidad** de los motivos determinantes y en la imposibilidad moral de exigir que se sacrifique lo propio para salvar lo que pertenece a los demás, salvo el deber profesional [...]”<sup>726</sup>.

Por otra parte, Luís Enrique Romero Soto, quien actuara en la calidad de experto en la comisión redactora de 1972, la misma persona que presentó la ponencia en la cual proponía el tratamiento diferencial del estado de necesidad de acuerdo a la magnitud de los bienes enfrentados<sup>727</sup>, en su *Derecho penal. Parte General*, señala que estas conductas no pueden constituir delito en tanto son socialmente adecuadas, “ya que la sociedad no puede exigir a sus

---

<sup>724</sup> Gómez Prada 1959, 334

<sup>725</sup> Arenas 1964, p. 220; Arenas 1982 y Arenas 1981.

<sup>726</sup> Arenas 1964, p. 222.

<sup>727</sup> En esta ocasión, otra era la posición que este autor defendía, propugnando por la uniformidad del tratamiento del estado de necesidad en sede de antijuridicidad: “No se nos oculta que, en materia de colisión de bienes, muchos autores sostienen que, cuando los que están en conflicto son iguales, no se trata de justificación del hecho sino de exclusión de la culpabilidad. // Con todo respeto nos apartamos parcialmente de esta opinión. Creemos que cuando están en conflicto dos vidas humanas lo que lleva a uno a salvar la propia a costa de la ajena es, la mayor parte de las veces, el instinto de conservación”. Romero Soto 1969, p. 431.

miembros un comportamiento heroico, como sería el que se sacrificara la propia existencia para preservar la de otro u otros”, por tanto, son justificadas<sup>728</sup>.

Para Romero Soto no todos los conflictos entre bienes obedecen de manera forzosa al instinto de supervivencia y en esa medida, este principio no sirve de fundamento único para todos los supuestos de necesidad, como por ejemplo, cuando la disputa se produce entre bienes o derechos distintos a la vida<sup>729</sup>:

“Apoyarse sobre el ímpetu instintivo o sobre el constreñimiento moral para decir que en el conflicto de bienes iguales no hay justificación del hecho sino falta de culpabilidad choca, finalmente, con la consideración de que también en la salvación de bienes de terceros existe estado de necesidad y allí no podrá decirse, salvo casos verdaderamente excepcionales, que obren estos dos móviles”,<sup>730</sup>.

Finalmente, Romero Soto acude a la importancia social que revisten los bienes que se encuentran en peligro inminente por una situación de necesidad para descartar que el Estado o el ordenamiento jurídico no tengan interés en ello: “[...] Nuestro legislador no puede desinteresarse de un conflicto de esa magnitud, cuya importancia social es ineludible”<sup>731</sup>.

Luís Carlos Pérez es otro de los autores que defiende la justificación de los comportamientos realizados por situaciones de extrema necesidad. Según este autor, “*Justificar* es más que tolerar y mucho más que perdonar. Si los hombres deben someterse al ordenamiento jurídico, abstenerse de violarlo es ya una actitud adecuada. Pero obrar conforme con sus prescripciones es cuestión que favorece el desenvolvimiento de la vida común”<sup>732</sup>. Para él, las justificantes benefician la legitimidad institucional y suponen una comprensión de las normas existentes<sup>733</sup>.

En cuanto al fundamento del estado de necesidad, Pérez señala que

---

<sup>728</sup> Romero Soto 1969, p. 426.

<sup>729</sup> “Con mayor razón debe tenerse como justificada la solución, en beneficio propio, del conflicto de otros bienes distintos a la vida. Quien opta por destruir la propiedad ajena para salvar la propia de igual valor, no está obrando por instinto de conservación o por constreñimiento moral. Puede que lo haga aun por interés egoísta. Pero habrá estado de necesidad”. Romero Soto 1969, p. 432.

<sup>730</sup> Romero Soto 1969.

<sup>731</sup> Romero Soto 1969.

<sup>732</sup> Pérez 1987, p. 386.

<sup>733</sup> “[...] Es en este sentido que se emplea la palabra *justificación*: en su más noble significado, en el de considerar justa la conducta, y no simplemente excusada o impune” Pérez 1987, p. 386.

“[...] el estado de necesidad, en correcta dogmática penal colombiana, es una hipótesis de colisión jurídica que permite reconocer no solo como legítimo sino acorde con el derecho, el acto del que se ve determinado a violar un interés ajeno, destruir un bien perteneciente a otro, y disminuirlo en su valor”<sup>734</sup>.

Luego de revisar la corrección de cada una de las posturas que se han formulado para fundamentar el estado de necesidad, Pérez concluye que:

“El fundamento de la justificante es múltiple. Racionalmente obedece a un mandato natural y social más poderoso que los del Estado, porque es anterior a esta armadura política y se impondrá en cualquier tiempo futuro, así desaparezca la autoridad o pase a ser un organismo de autocontrol. Mientras el hombre no conquiste la autonomía exterior y la libertad sobre sí mismo, estará asistido por el derecho de protegerse contra toda suerte de interferencias peligrosas. Si la necesidad es ley suprema, técnica y filosóficamente debe admitirse que quien actúa bajo esa influencia, procede conforme a su naturaleza, ya que, de un lado preserva su persona, y de otro, confiesa su sometimiento a aquella fuerza que coacciona los querer y las decisiones.

“En la justificante por estado de necesidad, las normas jurídicas declaran que las realidades son más poderosas que las intenciones y que la voluntad es impotente contra ciertos efectos inexorables. La libertad viene a menos y el conflicto no buscado acaba por cobrar su victoria, como lo sustento GOETHE en el segundo Fausto: “Poderosa es la ley, a la verdad, y aún más poderosa la necesidad”<sup>735</sup>.

A lo que suma un argumento que podría calificarse como utilitarista: “Sirve también de fundamento a la juridicidad de la acción este concepto: la pérdida de dos o más derechos es más grave que la pérdida de uno, máxime cuando las circunstancias amenazan bienes de superior jerarquía como son la vida humana, la libertad y la dignidad”<sup>736</sup>.

Para Alfonso Reyes Echandía, la cuestión del fundamento del estado de necesidad resulta completamente ajena a teorías como la del ámbito de no valoración jurídica o a criterios subjetivos, en tanto el estado de necesidad se predica con relación a todos los ciudadanos que

---

<sup>734</sup> Pérez 1987, pp. 429-430.

<sup>735</sup> Pérez 1987, p. 436.

<sup>736</sup> Pérez 1987, p. 436.

se encuentren en una situación de esta naturaleza, es decir, es de carácter esencialmente objetivo.

A juicio de este autor, el fundamento de esta eximente ha de encontrarse en:

“[...] **la consideración social y legal de que quien actúa en las condiciones propias del estado de necesidad no merece reproche alguno porque cualquiera en situación semejante habría actuado de la misma manera**, o, en otras palabras, porque no sería justo exigirle un comportamiento diverso a quien se enfrenta al angustioso dilema de sufrir grave daño o perder la vida para permitir que otro se salve, o sacrificar la de otro para conservar la suya. **Y este planteamiento es válido con prescindencia de la igualdad o desigualdad de los bienes en conflicto** [porque la acción de quien está en peligro no empeora la situación del grupo social, ya que de todos modos al menos uno de los bienes enfrentados debe sucumbir, y en tal punto es socialmente menos grave la pérdida o lesión de uno solo de los bienes en conflicto que la de ambos”,<sup>737</sup>

Una de las más extrañas formulaciones del problema entre nosotros se encuentra en Miguel Bolívar Acuña quien también, como Gutiérrez Gómez y Carlos Lozano y Lozano, acude a la idea del instinto de conservación de la propia especie humana como fundamento de la justificación de las infracciones penales cuando son realizadas en un contexto de necesidad imperiosa<sup>738</sup>. Esta es una posición extraña o particular porque si bien en ella se defiende la no antijuridicidad de estas conductas y destaca que los ordenamientos jurídicos no podrían castigarlas, en un verdadero entuerto sistemático llega a la conclusión de que estas conductas *no son reprochables* (terminología propia de la inculpabilidad y no de la justificación de la conducta) en tanto *el sujeto obra conforme a derecho*:

“[...] De allí que si no existe juicio de reproche no hay antijuridicidad, y en consecuencia el sujeto al realizar el hecho necesario lo hace conforme a derecho [...]”,<sup>739</sup>.

---

<sup>737</sup> Reyes Echandía 1990, p. 161. (énfasis fuera de texto)

<sup>738</sup> “Creemos nosotros que el estado de necesidad obedece fundamentalmente al instinto de conservación propio de la especie humana, y aun cuando parezca inmoral sacrificar al prójimo para salvarnos nosotros, **sería inútil cualquier prohibición en otro sentido de parte del legislador, ya que ningún ordenamiento jurídico puede desconocer el derecho inalienable de la propia conservación**”. Bolívar Acuña 1976, p. 307. (énfasis fuera de texto).

<sup>739</sup> Bolívar Acuña 1976, p. 303.

La referencia en este caso a la irreprochabilidad de la conducta no tiene un peso específico en la argumentación del autor pues sus palabras son claras en cuanto a la conformidad del comportamiento con el ordenamiento jurídico penal, esto es, a la ausencia de antijuridicidad. Samuel Barrientos Restrepo en cambio, acude a la denominada *teoría de la neutralidad o del ámbito libre de valoración jurídica*<sup>740</sup> para concluir que los actos que ejecuta el que se encuentra en estado de necesidad no son lícitos ni ilícitos, ni permitidos. Se hallan fuera del derecho penal. Agrega el autor citado que hay que aceptarlos como “un hecho que la fatalidad acarrea, como una desgracia inevitable”<sup>741</sup>. Así mismo, Gómez Aristizábal, para quien:

“El que para salvar su vida causa la muerte de otro, no ejecuta un hecho justo porque sacrifica el derecho de un tercero que no puede ser inculpado pues nada hizo para provocar la situación de necesidad. Aquí no hay causa de justificación sino una causa de exclusión de pena. ¿Pero cuál es el fundamento de tal impunidad? Son muchas las teorías que intentan fundamentarla, pero la razón que la explica estriba en que estos hechos no son ni justos ni injustos, ni ilícitos, ni permitidos; se hallan fuera del derecho penal. “Hay que aceptarlos como un hecho que la fatalidad acarrea, como una desgracia inevitable”. No debe olvidarse, por otra parte, que no es posible exigir a la naturaleza humana, un heroísmo que muchas veces está por encima de ella”<sup>742</sup>.

Para Julio Enrique Rozo Rozo, apoyándose en argumentos como el instinto de conservación,

---

<sup>740</sup> “Esbozada en Alemania por Binding, bajo la denominación de „teoría del comportamiento neutral”, y por Beling, ha sido replanteada por Arthur Kaufmann, ya bajo la presentación de la „teoría de ámbito libre del Derecho”, considera que el comportamiento realizado en EN [estado de necesidad] por conflicto entre bienes de disímil entidad con sacrificio del de menor valor, no alcanza la categoría de comportamiento prohibido, pero tampoco puede ser considerada como un acto permitido, por lo que no puede ser tratado ni como una causa de justificación ni como una de inculpabilidad”. *Uribe Álvarez* en *LH Fernández Carrasquilla*, p. 1144.

<sup>741</sup> *Barrientos Restrepo* 1977, p. 376

<sup>742</sup> *Gómez Aristizábal* 1981, pp. 36-37. En contra de la pretensión de neutralidad del ordenamiento jurídico frente a las situaciones de necesidad, Federico Estrada Vélez manifiesta que “[...] La **teoría heterodoxa** carece de fundamento en cuanto nos conduce al campo de lo indiferente jurídico, es decir, a crear con el vasto campo de lo que es conforme al derecho y lo ilícito o contrario al derecho, una zona neutra constituida por lo no prohibido, cuando la verdad es que el comportamiento humano frente a la ley no puede ser sino lícito o ilícito, y entre los dos conceptos *tertium non datur*”. 1986, p. 216. En sentido similar, Julio Enrique Rozo Rozo señala que “[...] el estado de necesidad, como cualquier otro fenómeno natural y humano, no puede escapar a los ordenamiento (sic) del derecho. Aun el caso fortuito y la fuerza mayor tienen su reglamentación legal, o al menos doctrinaria, por lo que no se encuentra razón valedera para que el estado de necesidad no esté sometido a pautas jurídicas que regulen sus efectos penales y civiles”. *Rozo Rozo* 1978, p. 484. Finalmente, respecto a esta variante de la teoría diferenciadora, Pérez señala que “[...] No es correcto este planteamiento, porque ubicar la justificante fuera del derecho equivale a negarle regulación al instituto, dándole ingreso a la arbitrariedad. Por aguda que sea la presión sufrida por el agente, no debe dejarse sin pautas normativas. La garantía contra los excesos solo se obtiene por medio de la ley”. *Pérez* 1987, p. 435.

la naturaleza humana y el egoísmo natural, el estado de necesidad es siempre un problema de exigibilidad de otra conducta y por ello de culpabilidad. Sin embargo, una nota de interés en la posición de este autor es que destaca que todas las causas de exclusión de responsabilidad penal son siempre un auténtico *problema de exigibilidad de otra conducta*, por lo cual, en su posición no hay un verdadero argumento en contra del estado de necesidad como justificante pero si un auténtico argumento que legitima la exclusión de la responsabilidad penal en este tipo de casos:

“Por lo general, quien actúa en estos casos lo hace llevado por la necesidad, por el instinto de conservación, por la ley natural, lo cual inexorablemente indica que entre el derecho propio y el ajeno prevalecerá aquél. Es una de las manifestaciones del egoísmo humano que recibe el consentimiento y la solidaridad de los demás, convirtiéndose en aprobación [...] El agente no puede ni debe obrar en forma distinta, pues sería tanto como exigirle la heroicidad y caridad en grados que superan la humana condición. Por ello, nos inclinamos de **lege ferenda**, porque el estado de necesidad sea disciplinado legalmente como causal de no exigibilidad de otra conducta; no de **iure conditio**, pues nuestro Código Penal lo tiene contemplado, según se viene diciendo, lisa y llanamente como causal de justificación”<sup>743</sup>.

Así también, Fernando Meza Morales concluye que el estado de necesidad es siempre un problema de culpabilidad, aunque las razones que le permiten fundamentar su tesis son otras y con una especial referencia a los efectos del reconocimiento del estado de necesidad. De acuerdo con este autor, el estado de necesidad es un problema de culpabilidad porque solo allí se discute acerca del reproche de comportamientos antijurídicos y este comportamiento lo es, porque el Código penal ha consagrado como uno de sus efectos el surgimiento de la responsabilidad civil. Es decir, Fernando Meza concluye la naturaleza o posición sistemática del estado de necesidad a partir de sus consecuencias y no de lo que es o de lo que lo fundamenta<sup>744</sup>.

Dos autores que merecen una mención especial en este apartado son Juan Fernández Carrasquilla y Mario Salazar Marín, debido a la originalidad de sus propuestas y a la particularidad y heterodoxia del método a partir del cual construyen sus esquemas del delito. En ellos dos no hay duda alguna sobre el marcado tono político criminal que envuelve sus tesis. En primer lugar, Fernández Carrasquilla entiende que la ausencia de responsabilidad

---

<sup>743</sup> *Rozo Rozo* 1978, p. 485.

<sup>744</sup> *Meza Morales* (1997), p. 119.

penal en los eventos de estado de necesidad, tal como lo hiciera Luis Carlos Pérez, constituye un derecho de quien se encuentra en una situación extrema de esta naturaleza, lo cual es una consecuencia apenas obvia de su idea de la justificación en derecho penal:

“[...] *Las causas de justificación, que el sujeto puede ejercer o no ejercer sin caer en lo prohibido, pertenecen a la facultad de señorío* [...] En este orden de ideas, las causas de justificación se aproximan al concepto tradicional de “derecho subjetivo”, cuyo contenido puede actuarse o no, exigirse o no, como lo quiera el titular, sin que escoger lo uno o lo otro le represente asumir consecuencias jurídicas sancionatorias. Otra cosa es que, de hecho, el que no se defiende de una agresión injusta arriesgue voluntariamente, por el motivo que sea, el sacrificio de sus bienes”<sup>745</sup>.

Así mismo, en torno al alcance de la justificación de la conducta, señala que: “La “justificación”, en cuanto es verdadera *causa de licitud del hecho* –“hecho” significa aquí escuetamente voluntaria lesión o puesta en peligro de un bien jurídico-penalmente tutelado, no es simplemente el aspecto o el lado negativo del injusto, la mera exclusión de la antijuridicidad que lo distingue. Por el contrario, ella comporta la realización valorativa de un tipo distinto y diverso, esto es, de un tipo que de ninguna manera se concreta como tipo de prohibición, ya que la conducta justa o justificada no está prohibida sino, antes bien, radical y totalmente permitida *erga omnes*. La justificación comporta, entonces, la positiva presencia de una permisión legal, de un “tipo permisivo” que hace que el hecho lesivo o peligroso no configure un injusto sino en todo sentido un hecho justo (“justificado”). Aunque no se trata de una “licencia para cometer injustos”, la justificación no tiene sentido técnicamente sino cuando sin ella el hecho sería típicamente antijurídico, pues de todas maneras se produce la lesión o amenaza del bien jurídico, pero con o por *justa causa*”<sup>746</sup>. En cuanto al carácter objetivo de las causas de justificación, nuestro autor dice:

“Las justificaciones, además, no son “motivos” del autor, sino circunstancias de su hecho. No dependen, pues, de los móviles, sino del contexto, las circunstancias y el modo de la acción. Es en este sentido, en el de su emanación de la “función valorativa” de la norma jurídicopenal y en el de su alcance *erga omnes* (alcanzan a imputables e inimputables, autores y partícipes), que se predica de ellas el ser “objetivas”. La ley puede, sin embargo, condicionar las causas de justificación a determinadas actitudes emocionales, pero ha de considerarse que ello representa

---

<sup>745</sup> Fernández Carrasquilla 1989, p. 197.

<sup>746</sup> Fernández Carrasquilla 1989, pp. 322-323.

en general una “eticización” poco conveniente del derecho, hacia la que marcha, sin embargo, la dogmática subjetivista “al día” con la exigencia generalizada de los “elementos subjetivos de justificación”<sup>747</sup>.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la idea de un fundamento general de todas las causas de justificación, Fernández Carrasquilla afirma lo siguiente:

“Común fundamento de las causales de justificación del art. 29 no parece ser totalmente el *principio de interés preponderante*, desde el momento en que se reconoce legitimidad al estado de necesidad por colisión entre bienes de igual valor (que la doctrina extranjera suele denominar “estado de necesidad disculpante”). **Ese fundamento parece encontrarse también en el postulado de prevalencia del derecho frente al injusto**, al menos del modo más general, pues la verdad es que tampoco él es claro en tal estado de necesidad ni en la obediencia a la orden de un superior; en cambio sí explica satisfactoriamente la legítima defensa, el ejercicio del derecho, la actividad lícita o cargo público, el cumplimiento del deber y el estado de necesidad cuando se sacrifica un bien de inferior valor o jerarquía (“estado de necesidad justificante

“[...] Prácticamente están hoy superadas las “teorías monistas” que procuraban hallar un fundamento unitario para todas las causas de justificación. Clásico es al respecto el esfuerzo de Dohna por fundarlas en el principio del “medio idóneo (justo) para el fin justo”. Por consiguiente prevalecen hoy las “teorías pluralistas”, que buscan varios fundamentos compatibles (generales y específicos), sin incurrir en el extremo de convertir las justificantes en institutos comunicables entre sí. De las tesis monistas es la del interés preponderante o principio de valuación de bienes la que ostenta una mayor cobertura y más límpida coherencia”<sup>748</sup>.

De acuerdo con lo anterior, para Fernández Carrasquilla el problema del estado de necesidad es, antes que cualquier cosa, un asunto que pasa por la inexigibilidad general y objetiva de una conducta distinta a aquella que reclama la situación de necesidad que provoca la infracción formal a la ley penal:

“[...] El hecho necesario para el hombre es por tanto un problema de exigibilidad objetiva y general, no de mera motivación. Se trata, pues, no de una causa de inculpabilidad sino de

---

<sup>747</sup> Fernández Carrasquilla 1989, p. 326.

<sup>748</sup> Fernández Carrasquilla 1989, p. 330.

justificación. En virtud suya se permiten jurídicamente los daños que se ocasionan a bienes jurídicos ajenos para evitar un daño superior o al menos igual a un bien jurídico propio o de terceros<sup>749</sup>.

En ese sentido, la necesidad para Fernández constituye un derecho, consistente básicamente en la posibilidad jurídica de afectar o intervenir los bienes ajenos o disponer de ellos, o bien de incumplir ciertos deberes jurídicos, dentro de los límites de lo necesario<sup>750</sup>, que encuentra como fundamento último la imposibilidad objetiva de exigir algo a lo que nadie podría obligarse. A partir de este fundamento, el autor empieza a diseñar toda su teoría del estado de necesidad, que comprende tanto las condiciones para su reconocimiento –requisitos– como sus consecuencias dogmáticas y sistemáticas –efectos– entre las cuales se destaca el reconocimiento del estado de necesidad en cadena y la posibilidad de reclamar perjuicios por estrictas razones de justicia material.

En cuanto a la propuesta de Mario Salazar Marín, hay que señalar que las razones que aporta a favor de la tesis unitaria en sede de antijuridicidad no provienen estrictamente hablando de la concepción política que este autor tiene de este fenómeno sino, más bien, de toda su concepción de la teoría del delito y en particular de las causas de exclusión de la responsabilidad como un juego de interrelación dialéctica entre dos criterios: la prevalencia del bien jurídico preponderante y el componente subjetivo individual<sup>751</sup>.

Así ocurre, según este autor a la hora de determinar las razones de la no punibilidad del estado de necesidad:

“La razón por la cual el daño al bien jurídico en estado de necesidad no es injusto o no sancionado es discutida. Algunos estiman que la necesidad “no tiene ley” o la necesidad “es su propia ley” y excluye el injusto, por lo cual el Estado renuncia a la sanción por tratarse de la única solución; otros consideran que la pena en tal caso no tiene ningún sentido por carecer de

---

<sup>749</sup> Fernández Carrasquilla 1989, p. 346.

<sup>750</sup> Fernández Carrasquilla 1989, p. 347.

<sup>751</sup> “Son los problemas y desigualdades que surgen de entender el injusto con preponderante objetividad, con visión general desde luego, y la culpabilidad con visión individual y alguna subjetividad. La pretendida objetividad del injusto penal da lugar a enormes desigualdades al abordar la culpabilidad. Por eso un sector importante del pensamiento penal se inclina por la naturaleza “única” del estado de necesidad, pues el derecho penal puede, al apreciar la “excepcionalidad de la situación”, justificar la conducta, dado que esa situación de excepción vale tanto para el llamado estado de necesidad “justificante” como para el denominado estado de necesidad exculpante”. Salazar Marín 2007, pp. 564-565.

fundamento, ni tener efectos de prevención; otros porque dada la colisión de los bienes jurídicos en juego se impone el bien jurídico preponderante; otros porque la pena es inútil; en fin, no hay unanimidad en el por qué no hay injusto o sanción penal en este caso”<sup>752</sup>

“Nos parece que el derecho penal no puede declarar ilícita una conducta frente a la necesidad, no importa el valor de los bienes jurídicos en conflicto, porque es de la naturaleza humana salvar sus derechos ante un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera y que el agente no haya causado por dolo o por culpa y no tenga el deber jurídico de afrontar. Si la necesidad no puede ser valorada de acuerdo con la “normalidad”, es porque su carácter especial amerita admitirla como una justificante, en la cual entran a jugar aspectos objetivos (bien preponderante) y subjetivos (motivaciones del sujeto)”<sup>753</sup>.

Este autor, todas luces partidario de la teoría unitaria en materia de estado de necesidad, tiene a incurrir en un breve equívoco cuando dice que "esto delata que el estado de necesidad justificante excluye el injusto penal, mas no el injusto general y que el discurso del injusto penal no puede hacerse al margen del injusto general, pero si es restrictivo y específico"<sup>754</sup>. En nada infirma su tradicional posición que hubiera hablado del estado de necesidad justificante, como si dijera, por oposición al estado de necesidad disculpante o inculpable, es decir, como si en términos lógicos hubiera dado lugar a pensar que él le concedería un sitio a la teoría diferenciadora.

## **II. Estado de necesidad en la jurisprudencia colombiana**

En primer lugar, es preciso advertir que de todos los pronunciamientos en los que la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de ocuparse directa o indirectamente de la eximente en cuestión, como Juez de Casación o como Juez de instancia, no se ha planteado, ni siquiera por asomo, la pregunta por el fundamento de la eximente. Igualmente, resulta notorio el hecho de que en los procesos en que esta cuestión ha sido propuesta por los demandantes en el recurso extraordinario de casación, la impugnación ha sucumbido a las exigencias propias de la técnica que caracteriza este mecanismo de control de constitucionalidad y de legalidad de los fallos penales. Por lo mismo, en la historia reciente de la jurisprudencia de casación penal no se encuentra ninguna decisión de la corporación en donde se termine

---

<sup>752</sup> *Salazar Marín* 2007, p. 571.

<sup>753</sup> *Salazar Marín* 2007, p. 583.

<sup>754</sup> *Salazar Marín* en LH Fernández Carrasquilla, p. 1108 s.

revocando o anulando las sentencias objeto del recurso, por falta o indebida aplicación de la norma sustancial que reconoce la ausencia de responsabilidad penal en situaciones de extrema necesidad.

Ahora bien, en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la eximente, salvo unas pocas decisiones que de forma ambigua se refieren a la posibilidad de que por la vía del estado de necesidad se excluya la culpabilidad, la mayoría de las decisiones de la Corte Suprema en esta materia reconocen el *carácter de justificante del estado de necesidad*, tanto en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980 como en vigencia del actual CP –ley 599 de 2000-, como pasaremos a ver.

La Corte Suprema de Justicia ha denunciado como un defecto fundamental que se presenta en la formulación de demandas de casación a efectos de reconocer la procedencia de una eximente de responsabilidad penal, el hecho de equiparar situaciones claramente diferenciadas en sus efectos por la ley penal como el *estado de ira e intenso dolor*, que constituye una atenuante de la responsabilidad penal, con “**auténticas situaciones de justificación como la legítima defensa y el estado de necesidad**” o con causas de exclusión de la culpabilidad como la insuperable coacción ajena o el error de prohibición<sup>755</sup>. Si bien en esta oportunidad la Corte Suprema no entra a detallar cada una de las instituciones que menciona, sí deja claro que el ordenamiento jurídico penal les ha reservado efectos diferentes a cada una de ellas y esto se explica, aunque la Corte no lo diga, por el fundamento particular que informa su reconocimiento como causas eximentes de la responsabilidad penal.

De este modo, la decisión referida precisa que nuestro ordenamiento jurídico penal reconoce que del art. 32 del CP, se desprenden tanto causas de justificación como causas de exclusión de la culpabilidad y entre las primeras pone como ejemplo la legítima defensa y el estado de necesidad, mientras que de las segundas habla de insuperable coacción ajena y del error de prohibición. En la doctrina de la Corte Suprema se encuentra una clara distinción entre el estado de necesidad y las situaciones que serían reconocidas como causas de exclusión de la culpabilidad.

---

<sup>755</sup> Vid. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 21 de septiembre de 2011, MP.: María del Rosario González de Lemos.

En un fallo de 2009, la Corte Suprema de Justicia se ocupa de un caso de porte de sustancias alucinógenas o psicoactivas para el consumo personal y señala cada una de las variantes que desde la doctrina se han formulado para dar cuenta de que estas situaciones no pueden generar, bajo ninguna perspectiva, responsabilidad penal, entre las que menciona el estado de necesidad como una de las alternativas al tratamiento de la drogodependencia:

“En esa mirada valorativa es como se entiende que en los eventos de llevar consigo dosis personal o de aprovisionamiento de sustancias estupefacientes, se trata de comportamientos intraneus en un todo individuales que no afectan la ajenidad singular o colectiva de una comunidad concreta, y no se puede pregonar entonces antijuridicidad material pues, por exclusión de efectos, la ausencia de lesividad social resalta, amén que pueden converger figuras de exoneración de responsabilidad delictiva como la atipicidad (PRIETO RODRÍGUEZ), estado de necesidad (ANTONIO BERISTAIN), causal de inculpabilidad, ya como trastorno mental que implica inimputabilidad o como no exigibilidad de otra conducta por el acoso de la dependencia (BACIGALUPO), y por ende, no se torna jurídico imponer una pena sino, por el contrario, absolver, como aquí se debe proceder”<sup>756</sup>.

Esta distinción resulta fundamental para dar cuenta de la *naturaleza jurídica del estado de necesidad* según el criterio sostenido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, así como de las posibles confusiones que se presentan en algunas decisiones en las que se reconduce el estado de necesidad a la pregunta por la inexigibilidad de otra conducta como fundamento de las causas de exclusión de la culpabilidad. Si bien lo advierte la misma Corte Suprema, que no se ha pronunciado en extenso sobre esta problemática, en por lo menos otras tres decisiones ha señalado que la *inexigibilidad de otra conducta conforme a derecho*, constituye el fundamento de las causas de exclusión de la culpabilidad<sup>757</sup>.

---

<sup>756</sup> Acerca de la procedencia de la eximente de responsabilidad penal contemplada en el art. 21 del CP español, *Vid.*

<sup>757</sup> En este sentido: Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal. Sentencia de Primera Instancia de 25 de noviembre de 2008. Así mismo, Corte Suprema de Justicia – Sala Penal. Sentencia de 13 de julio de 2005, MP.: Hernán Galán Castellanos: “Ahora bien, la Sala, que no ha tenido oportunidad de pronunciarse con amplitud al respecto, [No son frecuentes los pronunciamientos de la Sala en esta materia. En sentencia de 2ª instancia de diciembre 11 de 1998, en el radicado No. 13.185, se afirmó con la dogmática dominante que la no exigencia de comportamiento diverso subyacen cada una de las causales de inculpabilidad (art. 40, Decreto. 100/80), conforme a las cuales se concluye que es inculpable quien no podía actuar de otro modo. M. P. Carlos Augusto Gálvez Argote] sin adentrarse ahora en los meandros de la teoría, mas sin desconocer, claro está el estado de la dogmática actual, reconoce que para poder atribuirle culpabilidad a un sujeto [En definitiva, lo que interesa es la persona concreta, responsable frente al sistema penal-criminal. Ello significa que el sujeto pueda responder

Respecto al concepto de la inexigibilidad, la Corte Suprema, siguiendo la opinión del profesor Fernando Velásquez Velásquez a quien se cita en la primera de las decisiones comentadas en la nota anterior, precisa que se trata de un juicio personal y social en tanto se “es responsable en un contexto histórico concreto y en función de una gama de condiciones de diverso orden que inciden en el comportamiento individual”. Tal criterio se extrapola en esta oportunidad tanto a los eventos de miedo insuperable como a los de estado de necesidad que, de acuerdo con el criterio de la Sala, tienen en común la coacción.

En esta decisión, la Corte Suprema se refiere al denominado “estado de necesidad exculpante”, aunque lo descarta debido a que existían opciones distintas para la salvaguarda del bien jurídico vida. En otras palabras, para la Corte Suprema de Justicia no existía la urgencia o inminencia que habilitaría la comisión de una conducta punible como el concierto para delinquir -por el que se termina condenando-, para salvar su propia vida, por lo cual, no se configuraba la eximente del estado de necesidad. Sin embargo, algo más podría decirse de las consideraciones de esta sentencia y es que las confusiones generadas acerca de la naturaleza jurídica del estado de necesidad, parecen tener origen en una concepción sumamente restringida de la inexigibilidad como principio orientador de todo ordenamiento jurídico tal como Henkel y posteriormente Roxin, lo reclamaron: justamente que en ningún ordenamiento jurídico podría exigirsele a un ciudadano algo que supera sus propias fuerzas o exigir de éste un comportamiento propio de un héroe.

Por tanto, la Corte Suprema parte de una premisa que podría demostrarse incorrecta, ya que si bien es cierto que en el estado de necesidad existe una situación de no exigibilidad de otra conducta, no por ello inexorablemente constituye una causa de exclusión de la culpabilidad en lugar de justificar la conducta. En rigor, según lo que sostiene la Corte Suprema en esta decisión, *el estado de necesidad sería siempre una causa de exclusión de la culpabilidad y nunca una causa de justificación*, lo cual a su vez negaría hasta la propia idea de la teoría de la diferenciación o por lo menos llegaría a constituir un defecto lógico en el que incurren los defensores de esta variante de la teoría de la diferenciación. Lo anterior, insistimos, es tanto como desconocer que la no exigibilidad de otra conducta es un principio que subyace a toda la

---

a tareas concretas que le exige el sistema. Luego, responsabilidad implica exigibilidad”. Bustos y Hormazábal. 1999, p. 335], por un acto a él imputable, deben concurrir tres elementos básicos de la aludida exigibilidad, a saber: la imputabilidad (exigibilidad sistémica), la exigibilidad de otra conducta (estado de necesidad, miedo insuperable) y la exigibilidad de la conciencia de antijuridicidad”.

teoría del delito y no sólo un elemento que explica o fundamenta el juicio de culpabilidad, y a partir de ello pretender derivar la naturaleza jurídica de la eximente.

En otro sentido, si a lo que se refiere la Corte es a que en el estado de necesidad siempre existe una situación personal conflictiva que impide el juicio de culpabilidad, tal afirmación pierde sentido si se tiene en cuenta que, con independencia del estado mental y/o emocional del agente al momento de afrontar el peligro y proteger sus propios bienes, los efectos de la eximente deberían ser reconocidos y así también ocurre cuando se actúa en defensa de bienes jurídicos de terceros en donde no existe ningún estado mental conflictivo, pues se trata de una causal predominantemente objetiva y no se requiere la demostración de un estado mental y/o emocional de ninguna naturaleza para su aplicación, tal como ha sido regulado entre nosotros.

En sentencia de segunda instancia de 11 de diciembre de 1998, la Corte Suprema se ocupó de un caso de falsedad en documento público en el cual la Juez titular de un Despacho modificó la fecha de posesión de su secretario y todos los documentos que se habían expedido en el interregno comprendido entre esta y la efectiva posesión del Secretario para poder pagarle a éste los días correspondientes. De acuerdo con la Corte, el abogado defensor mezcló en sus alegatos las consideraciones referidas a la procedencia de un estado de necesidad y las correspondientes a una causal de exclusión de la culpabilidad de orden extralegal, señalando que la primera constituye una causal de justificación:

“En el caso concreto, se alegan indistintamente la causal legal de justificación estado de necesidad y una extralegal de inculpabilidad, lo que obviamente resulta incompatible en la medida en que ésta supone, además de la antijuridicidad de la conducta, que la situación no esté prevista por el ordenamiento como justificante, ni como exculpante, de ahí que desacertado sea el planteamiento del defensor recurrente cuando afirma que esa inexigibilidad de otra conducta generada por la situación económica del procesado se tradujo en un estado de necesidad, pues lo que en tal caso se debe alegar es éste con exclusión de cualquier otro instituto, toda vez que, se reitera, la causal extralegal de inculpabilidad sólo sería viable teóricamente cuando al agente sin encuadrar su acción en ninguna de las situaciones de exculpación legalmente previstas actúa típica y antijurídicamente porque no podía hacerlo de diversa manera”<sup>758</sup>.

---

<sup>758</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. M.P.: Carlos Augusto Gálvez Argote. Sentencia de 11 de diciembre de 1998. Rad. 13185.

En la sentencia de casación de 18 de octubre de 2000<sup>759</sup>, en un caso que además tiene un particular interés por tratarse de una persona que pretendía transportar cocaína a España -o un “correo de la coca” como los ha llamado el Tribunal Supremo de ese país-, la Corte señaló que no procedía la rebaja por confesión contemplada en la ley 81 de 1993 que reformó el Código Procesal Penal de 1991 –Decreto 2700 de 1991-, en tanto su confesión no había sido la única prueba determinante para llegar al fallo condenatorio –según una doctrina de la Sala Penal consolidada sobre la procedencia de la rebaja punitiva en estos eventos propiciada por una lectura de difícil constitucionalidad, que la condicionaba a que no fuera necesario practicar pruebas diferentes a la confesión del procesado-.

Según se expresó en esta oportunidad, la Corte suprema no reconoció la rebaja porque el procesado no aceptó simple y llanamente los hechos y en el curso del proceso trató de eludir la responsabilidad penal alegando que no conocía la existencia de los alcaloides, que se encontraba en una situación de coacción que no pudo demostrar y que además se encontraba en una situación económica apremiante que configuraría el estado de necesidad, lo que implicó una actividad probatoria de los jueces de instancia más allá de la confesión cualificada del procesado, distinguiendo claramente entre los eventos que importarían para la exclusión de la culpabilidad y el estado de necesidad como causal de justificación

En cuanto a la situación económicamente apremiante como fuente de la situación de extrema necesidad, la Corte también se ha pronunciado de un modo muy similar a una tesis sostenida por el Tribunal Supremo español que llevaría prácticamente a la negación de la necesidad en las situaciones de pobreza ya que siempre existirá una vía para superar esta situación o, en otras palabras, se condiciona la procedencia del estado de necesidad en casos de pobreza extrema al inminente peligro para la vida sólo cuando se logre demostrar que se agotaron todos los medios imaginables para salir de tan lamentable situación, como casas de caridad, subsidios estatales, etc<sup>760</sup>. En el caso del que se ocupó la Corte Suprema de Justicia, se trataba de una mujer que a causa del fallecimiento de su compañero permanente, se encontraba desamparada con dos hijos menores y en estado de embarazo, sin posibilidad de acceder a un trabajo, precisamente por su condición de gravidez, sin medios para satisfacer sus necesidades

---

<sup>759</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 18 de octubre de 2000. Rad. 11523. M.P.: Álvaro Orlando Pérez Pinzón.

<sup>760</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 17 de agosto de 2000. Rad. 15.313. M.P.: Jorge Aníbal Gómez Gallego.

básicas y las de sus hijos y sin posibilidades de sufragar los gastos de su futuro parto, por lo cual acudió a la venta de “bazuco” como fuente económica.

Todo ello fue reconocido en la sentencia impugnada, frente a lo cual, el *ad quem* manifestó lo siguiente para negar la procedencia de la causal eximente de la responsabilidad penal:

“Ahora bien, comprensible resultaba su afán de colocarse laboralmente para alcanzar una remuneración que le permitiera su sustento y el de su familia; sin embargo ello no le obligaba a aceptar sin el más mínimo reparo la ejecución de una actividad que sabía era ilícita y **contraria a aquellos valores éticos que desde la cuna le fueron inculcados no obstante que su ya notorio estado de gravidez le impedía su vinculación laboral con empresas particulares o entidades de carácter oficial**”.

La demanda de casación no fue admitida debido a que el actor se había equivocado a la hora de señalar las razones por las cuales solicitaba que la sentencia impugnada fuera casada, sin embargo, la Corte aprovechó esta oportunidad para expresar que la situación de extrema pobreza no podía convertirse en una especie de habilitación para infringir la ley penal, ya que siempre existirán otros medios para soportar las penurias de esta clase:

“Por otra parte, la jurisprudencia siempre ha sostenido que no basta que la persona llegue a condiciones precarias para invocar a su favor el estado de necesidad, como dirimente de la antijuridicidad, pues del precepto legal se infieren requisitos sustanciales y precisos como el peligro actual o inminente de un derecho propio o ajeno; la inevitabilidad del daño a un tercero inocente; y la proporcionalidad entre el mal que se precave y el que se ocasiona, entre otros, de tal manera que el sujeto activo está obligado a escoger, en situaciones que se lo permitan, el medio menos nocivo a los terceros extraños y no el más rentable para su propio interés”.

#### **D. Conclusiones**

La inclusión en el CP español del estado de necesidad como eximente jurídico penal partió también de un reconocimiento *casuístico y limitado*, por lo general, a casos en los que existía un daño a la propiedad privada. El desarrollo de esta regulación ha llegado a una fórmula de la que se puede decir que es, sin duda, amplia en tanto en ella se reconocen sin mayores condicionamientos todos los eventos posibles en los cuales la necesidad exime de responsabilidad penal. La tradición legislativa española ha sido por lo menos consecuente en la denominación del conflicto que habilitaría el estado de necesidad como *enfrentamiento de*

*males*, en lugar de otras denominaciones (bienes o intereses). El concepto de mal es un elemento normativo de la eximente que lleva implícito una referencia a las valoraciones del derecho. El Mal equivale al perjuicio para un bien y en la formación de ese juicio desempeñan un significativo papel criterios ético-sociales de diversa naturaleza.

Las primeras regulaciones del estado de necesidad en la legislación española tienen un elemento común que es la limitación de la eximente a los casos en los que se produce un *mal menor* al que se trata de evitar. Esta tendencia se rompe definitivamente con la expedición del CP de 1944 y a partir de éste, todas las legislaciones posteriores, incluidas la del art. 8.7 del CP de 1973 y la del art. 20.5 del CP de 1995. Otra cosa habría que decir en cambio de lo que ha sido la recepción de este proceso por parte de los Tribunales y de la doctrina. Ambos sectores se han comportado en sentido contrario a lo indicado respecto a la evolución legislativa. Mientras la legislación penal ha abierto nuevos caminos para la inclusión de supuestos excluidos en las primeras regulaciones del estado de necesidad, la jurisprudencia del *Tribunal Supremo* ha estrechado su alcance a partir de *interpretaciones restrictivas*. Esto último encuentra su manifestación más próxima en la tesis que ha venido sosteniendo con relación a la procedencia del estado de necesidad en cualquiera de sus formas cuando se trata de la lesión del bien jurídico de la salubridad pública.

Un elemento que llama la atención en la evolución del tratamiento legislativo del estado de necesidad en España, es la presencia más o menos constante de las dos vertientes doctrinarias que tradicionalmente se han usado para atar su fundamento: la *teoría de la ponderación de bienes* y la *teoría del fin*. La primera regulación penal en la que aparece contenida la eximente del estado de necesidad en España es la del numeral 7 del art. 8º del CP de 1848. Esta primera formulación del estado de necesidad contemplaba únicamente los supuestos de conflicto objetivo (la amenaza de un mal real) entre bienes patrimoniales. Los juristas de la época concebían el estado de necesidad como algo prejurídico de manera que no correspondía a la norma, sino a la ley moral. Esta corriente de pensamiento que se prolongó hasta las regulaciones de los Códigos penales de 1932 y 1944 en los que por primera vez el estado de necesidad alcanzó un estatus jurídico y dejó de estar confinado a la ley moral.

La fórmula del art. 8.7 del CP de 1848 se conservó íntegramente para las reformas de 1850 y 1870, pero se hizo mucho más estrecha en tanto, por los impulsos de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se limitó su procedencia exclusivamente al delito de daños, delito contra la

propiedad consistente en la destrucción, deterioro o inutilización de una cosa. En lo que se refiere a las condiciones para la procedencia o reconocimiento de la eximente, la regulación era idéntica a la que existía en el anterior código de 1848, razón por la cual los requisitos eran los mismos (1º. Realidad del mal que se trata de evitar, 2º. Que sea mayor -el mal que se trata de evitar- que el causado para evitarlo y 3º. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el mal).

En el CP de 1928 además del daño en la propiedad ajena se aceptaba la posibilidad de que la acción salvadora implicara la lesión de otros derechos. Por lo demás, el párrafo 2º del art. 60 del CP de 1928 señalaba que el estado de necesidad procedía para salvar derechos propios o ajenos y restringía el ámbito de aplicación de la eximente a los siguientes casos: *salud, vida, honor, libertad o intereses*, obteniendo un reconocimiento todavía más amplio en el Código de 1932, el cual, sin embargo, no lo aceptaba aún en los casos de conflicto de bienes de igual rango o entidad. El CP de 1932 inició una nueva época de esta eximente, pero limitando el alcance al conflicto entre intereses desiguales, al exigir el requisito primero que “el mal causado sea menor que el que se trata de evitar”.

Una constante es posible rastrear hasta estas reformas en la legislación española (1848 a 1928): la exigencia de la “realidad del mal que se trata de evitar”, entendida esta en sentido objetivo. A partir de la reforma de 1932, pudo interpretarse tal exigencia no en tanto su demostración objetiva, sino que fue reconducida a la condición de inmediatez de la producción del mal o peligro porque la acción salvadora del agente impediría la producción, objetiva, de aquel peligro o mal. La introducción en el sistema penal español de la eximente de estado de necesidad vino motivada por razones de *humanización y de eliminación de la rigidez de la antigua regulación*: el estado de necesidad, tan angostamente aceptado en el antiguo núm. 7 del art. 8º.

La inclusión en la eximente de estado de necesidad de los supuestos en que el mal causado es igual al que se trata de evitar se produjo con la reforma parcial del CP de 1944. A partir de este Código, se reconoce de forma amplia la procedencia de la eximente, incluso cuando se trata de conflictos entre bienes jurídicos de igual valor. Se trata del papel más estelar de la eximente, pues no se condiciona según la naturaleza de los bienes o derechos susceptibles de protección mediante el sacrificio de otros, se admite tanto el estado de necesidad *propio* como el ajeno o “*auxilio necesario*” (presente en los códigos de 1848, 1870 y 1828), se incluye

como uno de los supuestos de estado de necesidad a la colisión de deberes y se regula para el reconocimiento de la eximente en el supuesto de conflictos de bienes de igual valor.

Para muchos autores la reforma de 1944 fue la posibilidad que permitió introducir la *teoría diferenciadora* en el ordenamiento jurídico español a partir de la idea de dos tipos de estado de necesidad, dependiendo de la clase o naturaleza del conflicto. Para la mayoría de comentaristas de la regulación del estado de necesidad en la época, en este artículo se encerraban dos reglas de tratamiento distintas para cada uno de los conflictos enunciados: en el primer caso, cuando se tratara de un mal ostensiblemente superior, el art. 8.7 reconocía una causa de justificación, mientras que cuando se tratara de males de igual entidad, la misma norma, con los mismos condicionamientos, se comportaría como una excusa o causa de inculpabilidad.

La ampliación de la que venía siendo objeto el estado de necesidad desde 1848 se consolida legislativamente con la reforma de 1944 y en los códigos penales que le siguen a éste conserva su consagración amplia. En la regulación que corresponde al Código de 1973 el estado de necesidad comprende los mismos casos y en las mismas condiciones contempladas en su predecesora. En esa medida, en las discusiones sobre la inteligibilidad de la eximente tiene un rol fundamental los debates de la doctrina y las decisiones del Tribunal Supremo acerca de su alcance. Es justamente en vigencia de la regulación de 1973 que se empieza a perfilar y se consolida la tesis que termina por *negar el valor eximente* del estado de necesidad en cualquiera de sus formas, como eximente completa e incompleta, en los casos de tráfico de drogas prohibidas.

La regulación de 1995 no contiene ninguna modificación sustancial frente a la anterior, salvedad hecha de la supresión de la expresión "...impulsado por...", por la cual muchos encontraron apoyo para favorecer la exigencia de un elemento subjetivo en la eximente, es decir, la exigencia de que el autor, además de conocer la situación objetiva del estado de necesidad, se comportara o no movido por el "elemento subjetivo de justificación" de querer salvaguardar el orden jurídico. El art. 20.5 se refiere a *todas las modalidades posibles de estado de necesidad* (colisión de derechos y deberes, estado de necesidad propio y auxilio necesario y conflicto de diverso o de igual valor), todos ellos sometidos a los mismos condicionamientos para su reconocimiento.

La doctrina de la Sala Penal del Tribunal Supremo español con relación al estado de necesidad ha terminado jugando un papel decisivo a la hora de encarar sus cuestiones más sensibles. Ello no precisamente porque en sus fallos el Tribunal haya tomado una posición clara frente a estos aspectos centrales de la dogmática jurídica de la eximente, sino porque, por la vía de la elaboración de la dogmática que le corresponde a cada uno de los requisitos que podrían llegar a configurarla, ha terminado por restarle importancia, tanto a la voz del legislador, como a la de tantos doctrinantes que reconocen su amplio alcance dentro del ordenamiento jurídico español.

La doctrina unánime del Tribunal Supremo sostiene que la *esencia* de la eximente se encuentra dada por la existencia de un conflicto, es decir, de un peligro grave e inminente de que se produzca un mal, que hace necesario la causación de otro. Ahora bien, cuando el Tribunal Supremo habla de la esencia del estado de necesidad no parece estar refiriéndose con esta expresión a lo que late detrás de la institución, sino, más bien, a aquello sin lo cual sería imposible predicar una situación de estado de necesidad: el *conflicto de bienes* que haga necesario lesionar el bien jurídico ajeno.

En Colombia el primer CP de la República neogranadina aparece en 1837 y en él no se hace ninguna referencia al estado de necesidad. Lo mismo ocurre en los Códigos de la República Liberal de 1873 y en el CP de 1890. Aunque hay ejemplos del tratamiento de la necesidad con efectos exoneratorios, en todas estas codificaciones no se encuentra una regulación expresa referida al estado de necesidad. Sólo la Comisión de 1923 encargada de la redacción del proyecto de CP discutió el estado de necesidad como una causa de no punibilidad. Sin embargo fue el CP de 1936 la primera legislación penal en la que aparece una regulación expresa del estado de necesidad considerada expresamente como causa de justificación de la conducta. De igual modo en el CP de 1980 se conservó la regulación del estado de necesidad exclusivamente como justificante. Finalmente, la redacción del actual CP, Ley 599 de 2000, continúa la línea teórica y práctica que ha sido mayoritaria ente nosotros y consagra en el numeral 7 del art. 32 el estado de necesidad de forma unitaria como causa de justificación de la conducta, a pesar de que en la doctrina perviven algunas voces minoritarias que pretenden hacer del sentido del texto legal la puerta para la introducción de la teoría diferenciadora.

Dos constantes metodológicas se muestran como los puntos más destacados en el tratamiento del estado de necesidad en la doctrina nacional: la primera, la creencia de que la

*fundamentación y la naturaleza jurídica* de la causa de exclusión de la responsabilidad pueden hallarse a partir de la dilucidación de sus requisitos y de sus efectos o de que, por lo menos, este esclarecimiento permitirá distinguirla de otras causas de exclusión de la responsabilidad penal. La segunda, que es una constante que se presenta también en la doctrina extranjera, consiste en *acudir a filósofos y pensadores políticos* que nada dijeron respecto a estos asuntos tan puntuales, como la posición sistemática del estado de necesidad o el problema de sus consecuencias o efectos reflejos según que se considere causa de justificación o causa de exclusión de la culpabilidad.

Las posiciones en torno al fundamento de los efectos eximentes del estado de necesidad siempre han estado en una *disputa dialéctica* entre argumentos de orden *organicista o comunitarista* como la solidaridad y un argumento que se remonta al simple y llano *individualismo* como lo es la subsistencia. Allí uno de los argumentos más recurridos es la imposibilidad de cualquier ordenamiento jurídico de exigirle al ciudadano que se convierta en un héroe o en un santo. Otros tantos han recurrido al interés preponderante y a la ponderación entre el bien salvado y el bien sacrificado, así como también, algunos han criticado esta postura por considerarla indemostrable en un caso concreto en el cual no se encuentre en disputa la vida sino un bien de menor entidad.

En la *evolución jurisprudencial en Colombia* entorno a la problemática del estado de necesidad, es de advertirse que de todos los pronunciamientos en los que la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de ocuparse directa o indirectamente de la eximente en cuestión, como Juez de Casación o como Juez de instancia, *no se ha planteado la pregunta por el fundamento de la eximente*. En la historia reciente de la jurisprudencia de casación penal no se encuentra ninguna decisión de la corporación en donde se termine revocando o anulando las sentencias objeto del recurso, por falta o indebida aplicación de la norma sustancial que reconoce la ausencia de responsabilidad penal en situaciones de extrema necesidad.

En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la eximente, la mayoría de las decisiones de la Corte Suprema en esta materia reconocen el *carácter de justificante del estado de necesidad*, tanto en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980 como en vigencia del actual CP –ley 599 de 2000-. Sólo en un fallo de 2009, la Corte Suprema de Justicia se ocupa de un caso de porte de sustancias alucinógenas o psicoactivas para el consumo personal y señala cada una de las

variantes que desde la doctrina se han formulado para dar cuenta de que estas situaciones no pueden generar, bajo ninguna perspectiva, responsabilidad penal, entre las que menciona el estado de necesidad como una de las alternativas al tratamiento de la drogodependencia.

SEGUNDA PARTE

**Sobre la problemática del Estado de Necesidad en la Ley, Doctrina y en la  
Jurisprudencia del Tribunal Supremo alemán**

Capítulo Quinto

**Naturaleza y problemática jurídica del bien jurídico salud pública. Una  
aproximación comparada**

**A. Impunibilidad de la participación en una autopuesta en peligro y sus límites en  
Alemania**

Un punto de partida para el análisis de la sanción al problema de las drogas es el hecho de que no existe en la vigente ley de estupefacientes alemana (BtMG), ni en las versiones anteriores<sup>761</sup> ningún tipo penal para el consumo de drogas. No existe un reproche en el ámbito jurídico penal para el consumo de drogas. Que ello sea así se debe a que el autoperjuicio no representa un hecho punible en el derecho penal positivo, siendo un principio cuya aplicación es trasladable para fundamentar la ausencia de punibilidad del consumo de drogas<sup>762</sup>.

Sin embargo, es de anotar que el consumo de drogas es solo uno de los escenarios en medio de la compleja problemática de las drogas. Esto significa que aunque dicho comportamiento no es sancionado, no todos los hechos vinculados al mismo quedan por fuera del ámbito de consideración, es decir, no todas las medidas penales se desapruueban en otros escenarios vinculados al consumo de drogas. A ese panorama se adecua la ley alemana de estupefacientes (BtMG) actual, en la que se considera que el consumo de drogas debe disuadirse con medidas que vayan más allá del ámbito médico, en tanto se considera que existen otros peligros o riesgos con consecuencias inmediatas para la salud, la autonomía de las personas o la misma sociedad, que se derivan del consumo de drogas<sup>763</sup>. De esta manera, en la órbita de la impunibilidad del consumo de drogas se instalan una serie de reproches penales cuyos tipos se orientan a la sanción de las conductas orientadas por la oferta (como producción, transporte y tráfico de estupefacientes), el comportamiento en relación con la

---

<sup>761</sup> *Slotty* NStZ 1981, p. 322.

<sup>762</sup> Körner 2011, § 29 nm. 1078; *Nestler* en Handbuch des BtMG, § 11 nm. 50.

<sup>763</sup> *Nestler* en Handbuch des BtMG, § 11 nm. 49.

financiación o medidas de oferta del mercado de las drogas hasta las acciones vinculadas al consumo (como cultivo o posesión). En ese sentido, el legislador por medio del BtMG plantea una doble valoración que considera impune el consumo de drogas en tanto decisión libre de cada ciudadano<sup>764</sup>, pero reprochables las conductas paralelas orientadas a la facilitación, apoyo o promoción del consumo.

La conducta que delimita el consumo de drogas representa ante todo una autopuesta en peligro o una autolesión<sup>765</sup>. Bajo la premisa de que el derecho penal se configura esencialmente como una prohibición y reproche de lesiones externas<sup>766</sup>, los tipos penales del BtMG han dado lugar a múltiples críticas. La pregunta nuclear se plantea en torno a si y de qué manera una norma de prohibición de este tipo puede ser implementada, en tanto este tipo de normas plantea, en la protección penal de los consumidores de drogas, una contradicción normativa<sup>767</sup> ya que no castiga al consumidor pero sanciona todas las esferas de comportamiento vinculadas al mismo. La legitimación de esta contradicción se estableció por medio de la extensión del ámbito de protección a la salud pública. El “desliz” de la protección de la salud pública en la interpretación del derecho penal de drogas puede ser visto, por un lado, como un camino de solución para la explicación del rol especial del BtMG, pero también, por otro lado, puede llevar a consecuencias imprevistas que se desprenden de la vaguedad y manipulabilidad de la noción salud pública<sup>768</sup>.

La impunidad de la participación o la intervención en una autopuesta en peligro intencional tiene un fundamento especial, que es reconocido tanto por la literatura<sup>769</sup> como por la jurisprudencia. El mismo tiene su razón de ser en la impunidad del suicidio y las autolesiones. Una subsunción de la autopuesta en peligro realizada bajo propia responsabilidad no se puede dar en el tipo penal de homicidio ni lesiones personales, pues tanto los §§ 211 ss. y §§ 223 ss. del CP alemán (StGB) incorpora el requisito de lesión a “otro”<sup>770</sup>. De igual dificultad resulta la imputación de la inducción o complicidad, ya que no

---

<sup>764</sup> Körner 2011, § 29 nm. 1078; Körner StV 1991, p. 580.

<sup>765</sup> Cfr. *Hobbing*, pp. 7 ss.; diferenciado *Nestler* en *Handbuch des BtMG*, § 11 nm. 66 ss.

<sup>766</sup> *Roxin* FS Gallas, p. 247; *Roxin* NtSZ 1985, p. 321; *Nestler* en *Handbuch des BtMG*, § 11 nm. 32; *Hohmann* NJW 1992, p. 2975.

<sup>767</sup> *Haffke* ZStW 107 (1995), p.764 ss.

<sup>768</sup> *Wang*, p. 39.

<sup>769</sup> *Beulke/Schröder* NtSZ 1991, p. 393; *Roxin* NStZ 1984, p. 410.

<sup>770</sup> *Stree* NStZ 1984, p. 452 y *JuS* 1985, p. 179.

tiene lugar un hecho punible central (principio de complementariedad)<sup>771</sup>. Asimismo, tampoco sería sancionado quien por omisión abandona una acción bajo propia responsabilidad que conduzca a la lesión o suicidio<sup>772</sup>. De esa manera, se llegaría a la conclusión que si la participación en el suicidio o la autolesión es impune, no puede tampoco ser sancionada una intervención intencional o negligente en una autopuesta en peligro<sup>773</sup>.

La impunidad de la participación en la autopuesta en peligro ajena ha generado numerosas opiniones en la literatura. Una importante acogida tiene el argumento de la limitación del ámbito penal por medio de la propia responsabilidad, la cual fue explicada en el marco de la imputación objetiva, ante todo desde el punto de vista del propósito de protección de la norma<sup>774</sup>. La delimitación del ámbito de aplicación del derecho penal bajo el punto de vista del propósito de protección de la norma y de la imputación objetiva, tiene su fundamento básicamente en el modelo de pensamiento según el cual no es satisfactorio para la relación de responsabilidades penales la causalidad de un comportamiento frente a un resultado desaprobado penalmente, sino que este resultado tiene que pertenecer adicionalmente al ámbito de protección de la norma lesionada<sup>775</sup>. Dicho de otra manera, la imputación de un resultado llega a ser excluida, a pesar de la causalidad entre acción y resultado, si el resultado no abarca el propósito de protección de la norma. En ese sentido, se reitera, una subsunción sería imprecisa pues los §§211 ss y §§223 ss StGB protegen el bien jurídico individual de la vida contra ataques de otros<sup>776</sup>.

La validez general de este racionamiento sobre la participación en una autopuesta en peligro ajena, consciente y bajo propia responsabilidad, deberían ser suficientes como fundamento para excluir la punibilidad de la promoción de una autopuesta en peligro por medio de la venta o entrega de estupefacientes, así como para reconocer la autonomía del consumidor al asumir el peligro del estupefaciente, adquirido por el mismo para consumo libre y autoresponsable. Al mismo resultado debería llegarse inclusive si hay un efecto mortal o dañino para la salud del consumidor (§ 30 inc. 1 (3) BtMG o § 29 (3) (2) BtMG), en el caso

---

<sup>771</sup> Roxin NSTZ 1984, p. 410; Dölling en GA 1984, p. 76; Beulke/Mayer JuS 1987, p. 126.

<sup>772</sup> Dölling en GA 1984, p. 76; Beulke/Mayer JuS 1987, p. 126.

<sup>773</sup> Dölling en GA 1984, p. 76; Beulke/Mayer JuS 1987, p. 126.

<sup>774</sup> Stree NSTZ 1984, p. 452, JuS 1985, p. 181; Roxin FS Gallas, p. 247; Crítico Frisch NSTZ 1991, p. 393.

<sup>775</sup> Stree NSTZ 1984, p. 452 y JuS 1985, p. 181.

<sup>776</sup> Véase Wessels/Beulke, § 6 nm. 186; Stree NSTZ 1984, p. 452 y JuS 1985, p. 181.

de que el consumidor represente o dimensione el ámbito de peligro de manera libre y autoresponsable<sup>777</sup>.

En aquellas conductas que gravitan alrededor del consumo, por ejemplo la facilitación o entrega de estupefacientes, el argumento más plausible continuaría siendo el del principio de la autoresponsabilidad. La sanción según el BtMG para la instigación, promoción o facilitación de una autopuesta en peligro por medio de la entrega de estupefacientes, debería pasarse por alto a partir del principio que limita el reproche penal a partir de la autoresponsabilidad. Sin embargo, resulta que en el BtMG la protección de la autonomía de la persona y, en ese sentido, el propósito de protección de bienes jurídicos individuales, es decir, no tiene la importancia que debería. En el BtMG se da preponderancia a la salud pública a pesar de su carácter complejo, universal y de indisponibilidad individual. Si se parte de este método de interpretación basado en este otro propósito de protección, se sigue que el principio de autoresponsabilidad termina siendo restringido. De manera general se parte de que la limitación de la imputación de resultado por medio de la autoresponsabilidad por los daños causados a sí mismo solo vale para el ámbito de la protección de bienes jurídicos individuales<sup>778</sup>.

A partir de este fundamento dogmático, que se desprende del propósito de protección de la norma en conexión con la universalización del bien jurídico, existe la posibilidad de que el ámbito de protección del BtMG puede ser ampliado a la disuasión de la autopuesta en peligro bajo propia responsabilidad. Con esto no se abarca penalmente, por un lado, el consumo de drogas a partir del fundamento de la impunidad de la autopuesta en peligro, pero en el marco del incentivo, facilitación o promoción del consumo de drogas, por otro lado, se desaprueba la punibilidad de la participación en una puesta en peligro ajena bajo propia responsabilidad de la víctima en referencia a la protección de la salud pública, aunque los participantes no tengan dominio del hecho sobre el proceso de la autopuesta en peligro por medio del consumo de drogas.

La autopuesta en peligro por medio del consumo de drogas no es punible, pero ello no debe desprenderse de manera general e independiente de la voluntad del consumidor. En la

---

<sup>777</sup> Loos en JR 1982, p. 343; Körner 2011, § 30 nm. 47.

<sup>778</sup> Harro Jura 1991, pp. 343 ss.

graduación del reproche penal sin duda juega un papel fundamental la voluntad del legislador<sup>779</sup> y, asimismo, tiene una posición importante la sistemática del BtMG. Sin embargo, de este panorama de protección en el que prima la salud pública sobre las decisiones de los consumidores, se plantean cuestionamientos como los relativos a explicar por qué cada individuo debe ser distanciado de su autopuesta en peligro a partir de la protección a la salud pública; cuál es el núcleo material del injusto de los tipos penales sobre drogas; y si se puede afectar dicho núcleo con la lesión del bien jurídico salud pública.

## **B. Protección de la salud pública como bien jurídico**

Una valoración general de los propósitos del BtMG permite entender que es la protección de la salud pública<sup>780</sup> el bien jurídico a proteger en dicha normatividad<sup>781</sup>. A pesar de ello, sigue siendo controvertido lo que se entiende con la noción salud pública. Descriptivamente dicha noción se ha definido como “salud general”<sup>782</sup> o salud de la población en general<sup>783</sup> o integridad corporal de un número indeterminado de personas<sup>784</sup>. Pero es posible encontrar otras valoraciones en los escritos relacionados con el BtMG, en los que la noción de salud pública no se define de manera concreta. Tanto en la literatura como en la jurisprudencia se pueden apreciar muy diferentes intentos de definición de la noción de salud pública en el sentido del BtMG, así como muchos esfuerzos por elaborar una mejor comprensión del bien jurídico relativo a la protección de la salud pública. En comparación con otros ámbitos de regulación que incorporan la visión de protección de la salud pública de un indeterminado número de personas<sup>785</sup>, la noción de salud pública se concibe de una forma diferente en el sentido del BtMG.

---

<sup>779</sup> Rudolphi JZ (1991), p. 573; Harro Jura 1991, p. 444.

<sup>780</sup> Sobre la salud pública como término anacrónico véase Nestler en Handbuch des BtMG, p. 712; Haberl, p. 55 s.

<sup>781</sup> Körner 2011, § 29 nm. 932; Slotty NSTZ 1981, p. 322; Hobbing p. 7 ss.

<sup>782</sup> Maurach/Schroeder/Maiwald, § 56 nm. 3.

<sup>783</sup> Maurach/Schroeder/Maiwald, § 56 nm. 1.

<sup>784</sup> Geerds citado por Nestler, p. 711 p. 254.

<sup>785</sup> Np 34

## I. Definición de la salud pública en el sentido del BtMG

### 1. Panorama de los diferentes enfoques

En el contexto de la diferenciada posición social de la población frente al consumo de drogas que se vivió en los años 60, el legislador alemán se planteó diferentes objetivos con la promulgación de la BtMG de 1972. Según la motivación de dicha ley, el BtMG debe proteger primero la salud del consumidor, lo que equivale a una protección de la personalidad y la existencia de cada uno. Más allá de eso, la BtMG se propone la protección de los intereses generales que ante todo se relacionan con asegurar la unidad intacta de la familia, la reducción de molestias a la generalidad y la protección de la capacidad de función de la sociedad. La salud pública se configura así como “una noción compiladora para diversos intereses de la generalidad” en la disuasión del consumo de drogas<sup>786</sup>.

Desde la promulgación del BtMG de 1972 se han desarrollado una serie de definiciones de la salud pública orientadas a los intereses de la generalidad. En la literatura se desarrolla cierta idea comunitaria, en el sentido de entender, en primer lugar, que “salud pública es más que solo la suma de la salud de cada ciudadano, sino una expresión del ámbito social (un peligro de otro bien jurídico)”<sup>787</sup>. La salud pública significa “el interés del Estado en la conservación de un estado de ciudadanos sano y un orden social vital”<sup>788</sup>. En segundo lugar, junto a esto, se entiende la salud pública también como la capacidad de comprender, una sociedad y sus integrantes, reconocer la realidad de la convivencia y sus funciones, dentro de la sociedad y decidirse libremente por molestias corporales<sup>789</sup>. Correspondiente a esto, significa el interés de la sociedad de protegerse a los fines de conservación de su capacidad de función, ante la pérdida de motivación y los retrocesos de productividad resultantes de esto<sup>790</sup>.

En la jurisprudencia también hay diferentes concepciones en relación al bien jurídico salud pública que siguen asimismo la línea legislativa. Para la jurisprudencia de las altas cortes, el bien jurídico del BtMG no son solo la vida y la salud sino los perjuicios que se desprendan

---

<sup>786</sup> Nestler en Handbuch des BtMG, § 11 nm. 30.

<sup>787</sup> Gülzow, p. 54.

<sup>788</sup> Wartburg 1974, p. 312; Hobbing, p. 72.

<sup>789</sup> Haberl, p. 57.

<sup>790</sup> Wang, ps. 48s.

para la personalidad a partir del consumo extendido, especialmente de drogas duras<sup>791</sup>. En diferentes decisiones se enfatiza el bien jurídico de la salud pública como el interés general en la disuasión de los perjuicios a la salud de cada individuo. Este interés general tiene que vincularse a la protección a cada ámbito social en el que los perjuicios derivados de las drogas amenazan. Es de notar que las decisiones no abordan el tema del propio carácter del bien jurídico salud pública: el bien jurídico de la salud pública es complejo, universal y no está a la disposición de cada individuo, así que el poder de disposición de cada persona sobre dicho bien jurídico es restringido<sup>792</sup>. Adicionalmente cabe señalar que los enfoques mencionados fueron posteriormente determinados por medio del argumento de la epidemia social del consumo de drogas<sup>793</sup>. El argumento de la epidemia, que desde mucho antes se desarrolló en la literatura para el abuso de medios drogodependientes<sup>794</sup> y en el contexto de la ola de drogas de los años 60 fue reelaborado, postulando que el abuso de drogas tienen un carácter epidemiológico que podía ser tratado como otra enfermedad con efectos dañinos sobre la salud de los otros<sup>795</sup>.

## 2. Acercamiento del *Bundesgerichtshof* (BGH)

El primer acercamiento del BGH a la noción de “salud pública” se realizó en el año de 1990 anotando que su protección debe prevenir aquellos daños que se desprenden para la generalidad a partir del consumo masivo de drogas “duras” y para el individuo en su salud o integridad<sup>796</sup>. El BHG dejó claro en aquella decisión que el bien jurídico salud pública, en todo caso, no representa solamente la suma de la salud de los individuos, sino que contiene un “plus” normativo<sup>797</sup>. Posteriormente, en una sentencia del 25.08.1992<sup>798</sup>, el BGH explicó a qué se refería dicho perjuicio, aduciendo el ejemplo del descenso en los rendimientos escolares, académicos o profesionales que se producen a causa de problemas con las drogas,

---

<sup>791</sup> BGH, Urt. von 25.9.1990, en NStZ 1990, p. 392.

<sup>792</sup> BGH, Urt. von 25.9.1990, en NStZ 1990, p. 392.

<sup>793</sup> Nestler en Handbuch des BtMG, § 11 nm. 31.

<sup>794</sup> Geerds citado por Nestler, p. 711 p, 266.

<sup>795</sup> Nestler en Handbuch des BtMG, § 11 nm. 37.

<sup>796</sup> BGHSt 37,179

<sup>797</sup> Críticos de esta posición Büttner, p. 89 ss.; Haas, p. 86.

<sup>798</sup> BGHSt 38, 339

los cuales también vinculan a terceros ajenos al problema. Posteriores posiciones del BGH se ajustaron a la línea de interpretación dada por el BVerfG en la llamada sentencia “Cannabis”.

### 3. Posición del *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG)

En la famosa decisión cannabis del 09.03.1994<sup>799</sup>, el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) tomó una posición que determinó una particular comprensión de la noción salud pública. La decisión Cannabis fue un juicio sobre la sanción a violaciones menores contra la prohibición de productos derivados del Cannabis. En esencia se trató de la posesión ilegal de esta sustancia antes del propio consumo. Según la decisión de la sala segunda del Tribunal Constitucional, frente al proceder con drogas son válidos los límites del art. 2 inc. 2 de la Constitución alemana y por lo tanto no existe un derecho a fumar ("*Recht auf Rausch*"). Asimismo, frente al tema bien jurídico en el BtMG, no utiliza expresamente la noción “salud pública”, sino que fijó un comprensión amplia de acuerdo a la materia legislativa a partir de la cual se determinó que las normas penales del BtMG sirven “a la política de la salud humana, así como de cada individuo, como la población en general de los peligros que se desprenden de los estupefacientes y proteger a la población, ante todo jóvenes, de la dependencia de los estupefacientes”<sup>800</sup>. Junto a la protección de los integrantes de la sociedad ante peligros en su salud, el BVerfG incorpora con su formulación una extensión del ámbito de protección del BtMG introduciendo otras implicaciones. Estas implicaciones son vistas como una extensión del bien jurídico en el BtMG<sup>801</sup>. A partir de la “decisión cannabis”, se amplió el postulado del BtMG a la orientación de otros propósitos diferentes a la salud pública, como la de una configuración de la convivencia social que esté libre de las repercusiones socialmente dañinas del proceder con las drogas<sup>802</sup>. En este ámbito de protección existe un interés positivo de control social. A partir de la decisión cannabis, el BtMG se orienta, entonces, a una convivencia social libre de drogas o a una orientación de la vida basada en la abstinencia<sup>803</sup>.

Con la orientación a la protección de la población en general, el BVerfG recoge la posición del BGH y deja claro que el interés prioritario para la generalidad es la salud de los

---

<sup>799</sup> BVerfG 90, 145 en NJW 1994, p. 1577.

<sup>800</sup> BVerfG 90, 145 en NJW 1994, p. 1577 ss.

<sup>801</sup> *Schneider* StV 1994, p. 390; *Haberl*, p. 61; *Büttner*, p. 81 ss.

<sup>802</sup> BVerfG en NJW 1994, p. 1579.

<sup>803</sup> *Hoyer* StV 1993, p. 129.

ciudadanos. Sin embargo, al no hacer una referencia expresa al bien “salud pública”, instala una nueva concepción formada por la referencia a bienes jurídicos especiales. Por un lado, la *convivencia social no restringida por estupefacientes*<sup>804</sup>, a partir de la cual el Tribunal Constitucional distingue entre molestias a la salud y otros perjuicios. De esto se desprende mediatamente una diferencia entre salud pública y la convivencia no restringida por estupefacientes. El primero, es decir, la salud pública, abarca los perjuicios sociales y económicos, que aparecen por el daño a la salud debido al consumo de drogas, mientras el segundo considera perjuicios que no se desprenden de restricciones a la salud<sup>805</sup>. De esto se deriva que el bien cualificado a proteger es la “comunidad” que no se restringe por la criminalidad organizada. En ese sentido, la criminalidad organizada es otra de las repercusiones a evitar por medio de la protección de la convivencia social no restringida por estupefacientes.

Esto ha sido visto como una promoción disciplinada de la vida para la protección de la salud y una extensión de la protección por medio del combate de la criminalidad organizada. La posición del BVerfG se orienta básicamente por las convenciones de 1988<sup>806</sup> y determina que el BtMG sirve al interés de protección ante drogas ilegales y ante la criminalidad organizada<sup>807</sup>. La decisión cannabis significa un punto de evolución –no necesariamente positivo- muy importante en la comprensión de lo que significa la noción salud pública en Alemania. Con esta decisión entra en consideración no solo la protección de la salud de cada persona y de la población en general, sino también entran a ser materia de protección órdenes sociales y económicos, incluso la estabilidad, seguridad y soberanía del Estado<sup>808</sup>. Múltiples críticas han sido planteadas contra la posición del BVerfG<sup>809</sup>, las cuales se orientan a precisar cómo esta posición omite hablar concretamente del bien jurídico del BtMG y, en vez de ello, se evade en el discurso de la preocupación por la sociedad.

---

<sup>804</sup> En ese sentido *Temmuz*, p. 75.

<sup>805</sup> *Temmuz*, p. 75.

<sup>806</sup> BVerfG en *NJW* 1994, p. 1579.

<sup>807</sup> BVerfG en *NJW* 1994, p. 1579.

<sup>808</sup> *Wang*, p. 54.

<sup>809</sup> Véase entre otros *Schünemann* en Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (eds.), p. 133; *Ambos* MKS 77 (1995), pp. 47-54; Böllinger KJ 1994, p. 405 ss.; *Gusy* JZ 1994, p. 863 ss.; *Haffke* ZStW 107 (1995), p. 761-792; *Holzinger*, pp. 112 ss.; *Kniesel* en ZRP 1994, p. 352; *Kreuzer* NJW 1994, p. 2400; *Lagodny*, p. 60 ss; *Nestler* en Handbuch des BtMG, pp. 702-860; *Schneider* StV 1994, pp. 390-393.

## II. Críticas al bien jurídico protegido por el BtMG

La comprensión amplia de la salud pública, es decir, la convivencia social libre de restricciones por las drogas, ha sido ampliamente discutida<sup>810</sup>. Por un lado, los representantes de la teoría del bien jurídico individual solo reconocen la “generalidad” como bien jurídico a proteger cuando éste sea medianamente también un bien personal. Intereses generales o intereses estatales solo pueden ser protegidos si se concretan en la protección de personas. Asimismo se recrimina a la idea de salud pública que la misma no tiene un contenido propio<sup>811</sup>. En el derecho penal sobre estupefacientes, la suma de individuos se resume en un bien jurídico colectivo y por lo tanto es un bien jurídico aparente que representa una “hipostatización”<sup>812</sup>. Esta atribución a una noción abstracta pone en cuestión también la legitimidad de considerar las lesiones de la generalidad<sup>813</sup>.

Respecto al bien jurídico de la convivencia social no restringida por estupefacientes las críticas son aún más profundas, pues se aduce que dicho bien jurídico representa más bien una descripción del propósito del legislador. En ese sentido, se crítica que el bien jurídico pierde su función y termina siendo más bien un concepto valorativo<sup>814</sup>. Sobre la falta de concreción se relacionan también las críticas dirigidas a la protección de la criminalidad organizada, según las cuales el concepto mismo de criminalidad organizada y los aspectos a proteger frente a la misma siguen siendo en el BtMG asuntos inexactos e indeterminados<sup>815</sup>.

### 1. Del bien jurídico en sentido liberal

Esta crítica se basa fundamentalmente en la doctrina del bien jurídico desarrollada por Winfried Hassemer. Según el Profesor de Frankfurt, la protección jurídico penal solo puede ser admitida y legitimada para concretos y determinados bienes jurídicos, los cuales directa o indirectamente son reducibles a individuos en concreto<sup>816</sup>. La protección de instituciones

---

<sup>810</sup> Böllinger KJ 1994, p. 405; Büttner, p. 119; Hassemer ZRP 1992, p. 378; Nestler-Tremel StV 1992, pp. 273 s.; Hoyer StV 1993 p. 128; Kreuzer FS Miyasawa, pp. 177 s.

<sup>811</sup> En ese sentido véase Köhler ZStW 104 (1992), p. 38; Wang, p. 81.

<sup>812</sup> Así Schünemann en Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (eds.), p. 133.

<sup>813</sup> Haffke ZStW 107 (1995), p. 761

<sup>814</sup> Schwitters 1998, p. 75.

<sup>815</sup> En ese sentido Temmuz, p. 83 con más referencias.

<sup>816</sup> Hassemer FS Kaufmann, p. 90 ss.

sociales o medidas funcionales solo podría darse cuando sea una condición de la protección de las personas<sup>817</sup>. Los bienes jurídicos universales, sin repercusión para intereses humanos concretos, no son compatibles con las orientaciones axiológico-sociales dadas por la Constitución<sup>818</sup>. Esta forma de priorización de bienes jurídicos colectivos, llega a ser entendida por los críticos como una funcionalización de los individuos por parte de la generalidad de los intereses estatales<sup>819</sup>. Si los bienes jurídicos no sirven a la protección de los individuos, entonces la totalidad como titular del bien jurídico es abordado como persona, separando a la persona para funcionalizar al individuo como sujeto en interés de la generalidad<sup>820</sup>. La forma de pensamiento que se refleja en esta crítica, toma arraigo en la filosofía de la ilustración y en la teoría del contrato social. A partir de ello, se comprende el Estado no como una entidad que sea un fin en sí mismo sino que tiene que promover la conservación y seguridad de la libertad y vida de los ciudadanos<sup>821</sup>. En ese sentido, la crítica comprende que el bien jurídico salud pública se distancia de la protección de intereses concretos<sup>822</sup>. En el ámbito del BtMG, en conexión con esta perspectiva liberal de bien jurídico, *Nestler* es de la opinión que la doctrina de la salud pública como bien jurídico erosiona las formas protegidas del derecho penal del Estado liberal<sup>823</sup>.

La otra crítica que se plantea, se desprende de la vaguedad e indeterminación de la noción salud pública. La noción se ha calificado de difusa<sup>824</sup>, ilimitada<sup>825</sup>, sin sujeto titular<sup>826</sup> o sustancialmente vaga<sup>827</sup>. A partir de la vaguedad en el contenido y la indeterminación, el bien jurídico salud pública no tiene la capacidad de otorgar medidas constatables para la limitación de comportamientos, es decir, pierde su función de limitar el derecho penal y, asimismo,

---

<sup>817</sup> *Hassemer* FS Kaufmann, p. 91.

<sup>818</sup> *Hassemer* 1973, p. 233.

<sup>819</sup> *Hassemer* 1973, p. 232, 233.

<sup>820</sup> *Haberl*, pp. 58, 67 ss.

<sup>821</sup> *Hassemer* FS Kaufmann, p. 93.

<sup>822</sup> *Nestler* en Handbuch des BtMG, § 11 nm. 20.

<sup>823</sup> *Nestler* en Handbuch des BtMG, § 11 nm. 20.

<sup>824</sup> *Nestler* en Handbuch des BtMG, § 11 nm. 20; *Böllinger* en Kanitscheider (ed.), p. 182.

<sup>825</sup> *Nestler-Tremel* StV 1992, p. 276.

<sup>826</sup> *Köhler* MDR 1992, p. 740; *Köhler* ZStW 104 (1992), p. 33 ss.; *Köhler* en Neumeyer/Schaich-Walch (ed.), p. 171.

<sup>827</sup> *Hassemer* NJW 1991, p. 2359, también en *JuS* 1992, p. 113.

pierde la potencialidad crítica frente al legislador<sup>828</sup>. En el ámbito del BtMG, de la misma opinión es *Kreuzer* según el cual el bien jurídico salud pública más que a una limitación del *ius puniendi* conduce a una legitimación de una concepción vacía de la vida y del comportamiento en el ámbito de la drogodependencia<sup>829</sup>.

## 2. Paternalismo y utilitarismo

Otra crítica al BtMG ha sido perfilada en tanto solo se preocupa por castigar ámbitos previos al consumo o terapias forzadas<sup>830</sup> para disuadir a los individuos de la decisión sobre el consumo, por lo cual ha sido calificado de paternalista<sup>831</sup>. La crítica general se orienta a decir que la coacción paternalista al frente de personas competentes contradice el principio de respeto a la autonomía, incluso si los medios coactivos se utilizan en su favor<sup>832</sup>. En la literatura y jurisprudencia constitucional alemana, se desaprueba una protección paternalista de los peligros de una persona contra sí misma, pues la autopuesta en peligro se comprende como una forma del “libre desarrollo de la personalidad” según el art. 2 inc. 1 Constitución alemana<sup>833</sup>. La libertad significa, en el contexto del BtMG, auto desarrollo de las capacidades propias y de la autoformación hacia una persona capaz<sup>834</sup>.

En la jurisprudencia se exige que con el proceder del BtMG, los intereses de aquellos individuos que no tienen interés de consumir drogas sean efectivamente lesionados como fundamento de sanción. En ese sentido se comprende las formas de comportamiento relacionadas al consumo, como lesiones antijurídicas a otros. Desde este punto de vista, la disuasión de la autopuesta en peligro por medio del consumo de drogas es permitido y justificado, para evitar repercusiones negativas sobre terceros. Sin embargo, la consideración de que el consumo de drogas es una lesión a otra persona es fuertemente criticada en la literatura. *Köhler* sostiene que el consumo de drogas es un comportamiento orientado a sí

---

<sup>828</sup> *Frisch* FS Stree u. Wessels, p. 72.

<sup>829</sup> *Kreuzer* FS Miyasawa, p. 186.

<sup>830</sup> *Köhler* MDR 1992, p. 740; *Köhler* ZStW 104 (1992), p. 6.

<sup>831</sup> Sobre paternalismo en derecho penal véase *Wolf* en *Recht auf Sucht?*, p. 38.

<sup>832</sup> *Wang*, p. 54.

<sup>833</sup> *Haffke* ZStW 107 (1995), p. 764 ss.; *Nestler* en *Handbuch des BtMG*, § 11 nm. 63.

<sup>834</sup> *Wolf* en *Recht auf Sucht?*, p. 47.

mismo. El consumo de drogas es solo una autonegación irracional (excepto en el caso del cannabis), pero en ningún caso un injusto frente a otros<sup>835</sup>.

### 3. Prevención y disciplinamiento social

Una de las críticas más comunes en la literatura sobre el BtMG, es el señalamiento de dicha normatividad como un ejemplo de derecho penal preventivo<sup>836</sup>. Dicha estrategia de prevención<sup>837</sup> no solo se denuncia por medio de la utilización del delito de peligro abstracto, sino también en el mismo momento en el que se define el bien jurídico a proteger, motivado por un preponderante interés de prevención. La crítica de la salud pública como instrumento de prevención se concentra en señalar que dicho bien jurídico llega a ser definido estratégicamente a favor de intereses preventivos e intervenciones superficiales<sup>838</sup>, a pesar de que el BtMG se basa o se orienta por el paradigma de abstinencia. Dicho interés preventivo se orienta, por un lado, en la capacidad de producción y rendimiento de la sociedad y, por otro lado, se vincula con la seguridad interna a los fines de torpedear la criminalidad organizada. Desde la perspectiva de la conservación de la capacidad de función de una sociedad y del aporte a un disciplinamiento y promoción del comportamiento individual, el BtMG persigue, incluso aún más, un propósito productivo y positivo de integración social.

Que el bien jurídico del BtMG se defina como protección de la salud pública, como antes se mencionó, se remonta a la historia de la aparición del BtMG, originalmente al miedo por la expansión de la ola de las drogas. Se postuló que el consumo de drogas tenía un carácter de epidemia social, con lo que se trataba de una transmisión física de enfermedades secundarias. En esta llamada teoría de la infección del consumo de drogas se exigió fundamentalmente que el fenómeno epidémico se oriente junto con todas las potenciales efectos perversos sobre la salud de la población. Esta teoría se basó en la premisa de que el problema de las drogas es peligroso para la salud pública así como lo son otras enfermedades infecciosas, lo que puede afectar la fuerza de trabajo, el comportamiento de la producción y finalmente la capacidad de rendimiento de una sociedad. Es de anotar que el anclaje del paradigma de abstinencia en la

---

<sup>835</sup> Köhler ZStW 104 (1992), pp. 21, 39, 53.

<sup>836</sup> Hassemer JuS 1987, p. 257 ss.

<sup>837</sup> Sobre la noción de prevención en el contexto de la crítica véase *Albrecht* KritV 1986, p. 55 s.

<sup>838</sup> Hassemer JuS 1987, p. 258.

actual política de drogas, que es fuertemente influida por el *ethos* protestante-calvinista y su extensión al mundo secular<sup>839</sup>.

Por medio del bien jurídico salud pública y el paradigma de abstinencia que del mismo se desprende, se muestra asimismo una evolución del control social de un modelo represivo a un modelo preventivo<sup>840</sup>. Además, se tiene que anotar que el desarrollo de este modelo de control social se dio en el contexto del capitalismo industrial<sup>841</sup>. En tal modelo económico y social, el comportamiento se orienta en la importancia de la productividad de los hombres, razón por la que los comportamientos individuales se tienen que adherir mucho más a los ámbitos públicos. Un tal sistema productivo precisa de una particular diferenciación centro/periferia<sup>842</sup>. En el ámbito de la política de drogas, la salud pública es un criterio muy útil para tal diferenciación. Según la concepción de salud pública, los no consumidores valen como sanos, racionales y normales. Al contrario, los consumidores de drogas pasan como no sanos, irracionales y patológicos y se encuentran en la periferia<sup>843</sup>. El objetivo de la diferenciación centro periferia se implementa mucho más en la internalización en los consumidores de drogas del valor de la salud pública por medio de intervinientes terapéuticos, es decir, una orientación de la vida rutinaria y eventualmente con amenaza penal<sup>844</sup>.

### C. Estado de necesidad y adjudicación del derecho

#### I. Objeciones constitucionales contra la “salud pública”

La noción “salud pública” representa un concepto vago e indeterminado<sup>845</sup>, con lo cual la interpretación judicial conduce inevitablemente a arbitrariedades<sup>846</sup>. Por eso se ha considerado por diferentes autores que la violación constitucional más grave la constituye la lesión al *principio de certeza*. En el caso alemán, la punibilidad no corresponde al postulado del art.

---

<sup>839</sup> Köhler ZStW 104 (1992), p. 5 s.; Wolf en Recht auf Sucht?, p. 50.

<sup>840</sup> Sobre el cambio de paradigma Albrecht KritV 1986, p. 23 s.

<sup>841</sup> Albrecht KritV 1986, p. 59.

<sup>842</sup> Albrecht KritV 1986, p. 54.

<sup>843</sup> Wang, p. 79.

<sup>844</sup> Steiner en JRR XV (1993), p. 249 ss.

<sup>845</sup> Sobre la vaguedad e indeterminabilidad de la noción véase también Hassemmer FS Kaufmann p. 89; Nestler en Handbuch des BtMG, § 11 nm. 232.

<sup>846</sup> Pasedach, p. 152.

103 inc. 2 de la Constitución alemana que exige la determinación legal de los hechos punibles, sino que fuerza al juez a ir más allá de los límites de la punibilidad, es decir, a fundamentar su decisión a partir de parámetros abiertamente valorativos. Ninguno de los diferentes intentos de comprensión del bien jurídico salud pública pareciera satisfacer el criterio constitucional de determinabilidad.

Por un lado, la comprensión de la salud pública como *acumulación de bienes jurídicos* es insuficiente. En cierta medida fue la llamada “decisión cannabis” la que otorgó la posibilidad de amplias interpretaciones judiciales. En dicha decisión el Tribunal constitucional intentó, junto a la salud en estricto sentido, incorporar otros componentes sociales como la economía, la cultura y fundamentos políticos de la sociedad en el ámbito de los bienes jurídicos protegidos por el BtMG y construyó un “hiper-bien jurídico”<sup>847</sup>. Con esta apertura del bien jurídico en materia de estupefacientes frente a otros intereses estatales, se abrió el camino para futuras interpretaciones amplias (extremas) del bien jurídico a proteger. De hecho, parece posible introducir un nuevo bien jurídico o de diversificar la normatividad que sirve a la protección de estos variados bienes jurídicos. Esta acumulación de diferentes bienes jurídicos, que por sí mismos no alcanzan para fundamentar la punibilidad, paradójicamente amplía la intromisión punitiva, ya que los bienes jurídicos no cumplen su tarea limitadora, sino, al contrario, esencialmente fundamentan la punibilidad.

Por otro lado, aparte de los intentos de fundamentación de la salud pública como un “hiper-bien jurídico”, se ha intentado reconocer a la “salud pública” como un *bien jurídico autónomo o particular* en contraste con la comprensión acumulativa de diferentes bienes jurídicos<sup>848</sup>. Esta comprensión se da en tanto se orienta a la explicación del titular del bien jurídico, que en el caso de la “salud pública” exige un sujeto que puede ser sano o enfermo. La crítica se dirige a reprochar la indeterminabilidad de dicha situación en el ámbito del pueblo o la comunidad, en tanto la misma no posee características corporales<sup>849</sup>. Una tal comprensión metafórica igualaría a la salud pública con la capacidad de función del Estado. La capacidad

---

<sup>847</sup> Pasedach, p. 153.

<sup>848</sup> Pasedach, p. 153 y nota a pie 550, quien entiende el bien jurídico particular no como bien jurídico individual sino como un bien jurídico universal que puede existir incluso sin la colocación junto a otros intereses particulares.

<sup>849</sup> Köhler MDR 1992, p. 739; Haas, p. 86.

de función de la sociedad es, así como la salud pública, una noción muy vaga<sup>850</sup>. La determinación la salud del pueblo es un fenómeno altamente ideológico y que dependería de comprensiones políticas de un determinado grupo social. Tal fundamentación abriría las puertas a una alta penalización de diferentes formas de comportamiento, según como sean percibidos los mismos para la “salud del pueblo”. Las comprensiones acumulativas o metafóricas de la salud pública no corresponden a intentos serios por definir un titular de dicho bien jurídico, razón por la cual se afirma que dicho bien jurídico está vacío de titular<sup>851</sup>.

### 1. Lesión al principio de subsidiaridad

Con la indeterminabilidad que se desprende de la comprensión de la salud pública se encubre una especial intervención del derecho penal como un *instrumento de regulación* del legislador desde el punto de vista de la configuración de una sociedad. La expansión de un bien jurídico conduce a que se abarquen más formas de comportamientos por parte de los respectivos tipos penales, adhiriendo su respectiva criminalización. El mandato del derecho penal como *ultima ratio*, en ese sentido, se convierte en un principio desconocido y sobrante. El reconocimiento de la salud pública como bien jurídico significa el abandono del principio de *intervención subsidiaria* del derecho penal frente a un mecanismo que intenta asegurar la existencia y una conducción arbitraria de la vida social<sup>852</sup>. Al derecho penal se le adscribe de esta manera a una función instrumental de control para la regulación de los conflictos sociales, es decir, se incorpora al abanico de instrumentos de políticas ambientales, de subvención, de salud y de relaciones internacionales. Asimismo, los fundamentos de reacción del derecho penal se transforman, ya no fundamentalmente a partir de las lesiones del bien jurídico, sino esencialmente sobre la base de “*peligros y riesgos*” con el propósito de cortarlos de raíz. Se pasa de esta manera de la represión puntual a concretas lesiones de bienes jurídicos a un tratamiento basado en la *represión*<sup>853</sup>.

Resulta común entre los críticos advertir que dichos cambios sociales no tienen la capacidad de reivindicar la introducción del bien jurídico salud pública como un propósito legítimo de

---

<sup>850</sup> Así Pasedach, p. 154 con más referencias.

<sup>851</sup> Kniesel en ZRP 1994, p. 352; Köhler MDR 1992, p. 739.

<sup>852</sup> Pasedach, p. 159.

<sup>853</sup> Hassemer NStZ 1989, pp. 558.

una amenaza penal<sup>854</sup>. La *orientación consecuencialista* que se recoge a partir del derecho penal de las drogas, se extiende en el derecho penal y encuentra expresiones concretas, por ejemplo, en el § 46 inc. 1 párrafo 2 del StGB<sup>855</sup> que exige que los efectos, que se esperan por parte de la pena sobre el autor y su vida futura, sean considerados en la medición de la pena. En ese sentido, a pesar de que los efectos vinculados a la amenaza o ejecución de la pena no están comprobados empíricamente, al juez se le exige considerar los mismos en la medición de la pena<sup>856</sup>. Esto resulta ampliamente criticado pues, en el ámbito del derecho sobre estupefacientes, el modelo de disuasión promovido legislativamente frente a traficantes y otros vinculados al mercado de las drogas no ha producido efectos<sup>857</sup>. En tanto dicha estrategia preventiva desde lo punitivo no logra ser vinculante, su espectro de legitimación queda en entredicho<sup>858</sup>.

## **2. Lesión contra el principio de culpa por medio de la acumulación de contribuciones causales**

Siguiendo a *Pasedach*<sup>859</sup>, la conservación del bien jurídico salud pública no puede argumentarse sobre la base de la acumulación de bienes jurídicos, así como tampoco puede desprenderse su lesión a partir de una acumulación de contribuciones causales con las cuales se perjudique el mismo. Desde el punto de vista a partir del cual se sostiene que la suma de muchos perjuicios individuales puede llevar a una intromisión en intereses colectivos, se fundamenta una lista de regulaciones penales en Alemania a los cuales se les ha dado en llamar delitos de acumulación, que conducen a una dañosidad sobre la base de contribuciones particulares, por ejemplo, §§ 324<sup>860</sup> ss. y §§ 152<sup>861</sup> StGB.

---

<sup>854</sup> *Hassemer* NStZ 1989, pp. 556.

<sup>855</sup> „§ 46 Grundsätze der Strafzumessung. (1) Die Schuld des Täters ist Grundlage für die Zumessung der Strafe. Die Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, sind zu berücksichtigen.“ („(1) 1. La culpabilidad del autor constituye el fundamento para la fijación de la pena. 2. Deben considerarse las consecuencias que son de esperar de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.”, *López Díaz*, Traducción StGB, § 46).

<sup>856</sup> *Hassemer* FS Coing, p. 518 ss.

<sup>857</sup> *Pasedach*, p. 160 y nota a pie 592.

<sup>858</sup> *Pasedach*, p. 160.

<sup>859</sup> *Pasedach*, pp. 160 ss.

<sup>860</sup> „§ 324 Gewässerverunreinigung. (1) Wer unbefugt ein Gewässer verunreinigt oder sonst dessen Eigenschaften nachteilig verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2)

La prohibición de las drogas es frecuentemente justificada con el argumento de las múltiples repercusiones de autoperjuicios, a su vez, desventajosas para la sociedad. Se dice que si bien un comportamiento individual no es en principio apropiado para perjudicar a bienes jurídicos colectivos, la suma de perjuicios individuales en un *efecto compuesto acumulativo*, si podría fundar grandes perjuicios. Sin embargo, el castigo de particulares debido a un comportamiento que no puede conducir efectivamente a un daño colectivo representa una funcionalización de intereses estatales en un determinado bien<sup>862</sup>. Además, si alguien es castigado por un comportamiento que solo en un complejo estado de cosas bajo la intervención de otras acciones de peligro independientes puede llevar a un perjuicio, se termina ilegítimamente castigando a alguien con fundamento en el comportamiento de otro y se imputa a otro un perjuicio que no tiene relación con su parte de culpa<sup>863</sup>.

Existe el peligro de que la legitimidad del mandato penal sea desviada por la necesidad de asegurar normas de comportamiento por medio de normas sancionatorias, es decir, la legitimidad se asocia o se pone en igualdad de condiciones con funcionalidad<sup>864</sup>. En el derecho penal de estupefacientes no se sigue la separación de bien jurídico y potencial peligrosidad de una acción y se desdibuja la sistemática entre bien jurídico y causalidad. Sin duda, causalidad e imputación y, con ello, el *pensamiento de la acumulación* y el bien jurídico protegido dependen unos de otros. La determinación del bien jurídico no se logra por medio de los problemas de causalidad e imputación o de los balances de acumulación. En el derecho penal de estupefacientes se intenta determinar un bien jurídico con la ayuda del pensamiento de la acumulación. Resulta inadmisibles la construcción de una lesión del bien jurídico a partir de la acumulación de contribuciones particulares.

---

Der Versuch ist strafbar. (3) Handelt der Täter fahrlässig, so ist die Strafe Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder Geldstrafe.“ („§ 324 Contaminación de aguas. (1) Quien ilícitamente contamine aguas o de otra manera cambie sus características desventajosamente, será castigado con pena privativa de la libertad hasta cinco años o con multa. (2) La tentativa es punible. (3) Si el autor actúa culposamente, el castigo será de pena privativa de la libertad hasta tres años o con multa”. *López Díaz*, Traducción StGB, § 324).

<sup>861</sup> „§ 152 Geld, Wertzeichen und Wertpapiere eines fremden Währungsgebiets. Die §§ 146 bis 151 sind auch auf Geld, Wertzeichen und Wertpapiere eines fremden Währungsgebiets anzuwenden.“ („§ 152 Dinero, sellos y títulos de valor en un área monetaria foránea. Los §§ 146 a 151 también deben aplicarse a dinero, sellos y títulos valores de un área monetaria foránea.” *López Díaz*, Traducción StGB, § 152).

<sup>862</sup> *Pasedach*, p. 161. Una crítica al concepto de delitos de acumulación puede verse en *Silva Sánchez*, pp. 131 ss.

<sup>863</sup> *Roxin* FS Hassemer, p. 587.

<sup>864</sup> *Wohlers*, p. 319.

## II. Del exceso de disposición judicial en la concreción de la legislación penal sobre estupefacientes

No hay sino buenas razones para demeritar la importancia que se le ha concedido al bien jurídico de la salud pública. De esas razones se ha de derivar el carácter especial y muy discutible de quienes casi lo sustraen de cualquier elemental proceso de ponderación para elevarlo a un pedestal tan sorprendente como ese en el que se le ha puesto por el BtMG y la jurisprudencia de diferentes tribunales en Alemania. Una evaluación de la dogmática penal incorporada por el BtMG, especialmente desde los principios de la imputación penal, solo puede llevar a profundas críticas y revisiones<sup>865</sup>. Estas críticas se dirigen fundamentalmente a señalar la criminalización cubierta del proceder con estupefacientes por medio de los tipos penales de los §§ 29 ss. y su extensión por medio de la jurisprudencia del BGH con los tradicionales principios de imputación penal. La plataforma de esta crítica tiene como punto de partida el reconocimiento de la trascendencia de un derecho penal de estupefacientes con tipos penales limitados, determinados y vinculados al principio de legalidad<sup>866</sup>.

En lo que se sigue se presentará un panorama de las múltiples consideraciones de la doctrina alemana que aúnan una profunda revisión de lo que se entiende como un derecho penal de estupefacientes desvinculado de los principios tradicionales del derecho penal. El señalamiento fundamental se da en torno a que dicho derecho penal de estupefacientes no se posiciona ante la peligrosidad de acciones concretas frente a bienes jurídicos determinados, sino que se trata de la vinculación de un mercado y todos los procedimientos ligados al mismo, con los medios del derecho penal. El parámetro de interpretación al que conlleva esta lógica punitiva no es el de una lesión concreta a un bien jurídico sino la optimización de la prevención con la aplicación de dicho derecho penal<sup>867</sup>. En dicha lógica prevencionista, el injusto se define preponderantemente de la mano del proceder y las formas de organización específica en la participación del mercado<sup>868</sup>.

---

<sup>865</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 313 y nota a pie 749.

<sup>866</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 313.

<sup>867</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 317.

<sup>868</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 317.

## 1. El caso del importe o introducción de estupefacientes

El término importe o introducción de estupefacientes no tiene en Alemania una definición legal. Los §§ 2 inc. 2<sup>869</sup> y 11 inc. 1 Párrafo 2 y 3<sup>870</sup> del BtMG propician un acercamiento a dicha noción, sin embargo, solo determinan que tendrán la misma consideración, es decir, se valora igual la introducción de cualquier elemento conducido o puesto dentro del ámbito de validez del BtMG. La jurisprudencia se ha acercado a una definición de dicho concepto y ha presentado la noción de introducción como “el transporte de estupefacientes desde el extranjero en el ámbito de validez del BtMG”<sup>871</sup>. Esta definición tiene un antecedente inmediato en el § 4 inc. 2 AWG, en la cual se entendía introducción como el transporte de un equipaje en el área económica alemana<sup>872</sup>. De la evolución jurisprudencial en torno a las discusiones sobre el BtMG en Alemania, se ha desprendido que la interpretación del tipo penal de introducción se relaciona con una determinada constelación de casos y, con ello, conduce por lo menos a 3 interpretaciones de la noción introducción<sup>873</sup>. Primero, se define introducción a partir del momento y espacio en que es consumado el importe de estupefacientes; segundo, se analiza dicha noción desde las posibilidades de acceso sobre los estupefacientes que tiene el transportador durante el proceso de introducción; tercero, se miran los propósitos que persigue el transportador con los estupefacientes.

En la primera constelación de casos, un estupefaciente se considera introducido cuando se sobrepasa las fronteras del país. Una vez se traspasa la frontera se considera consumada la introducción (*introducción propia*). Esto tiene incluso repercusión en aquellos casos en los que el transportador no tiene acceso inmediato sobre el estupefaciente. En estos casos, la situación de peligro no se concreta con el descubrimiento y aseguramiento o interceptación

---

<sup>869</sup> “§ 2 Sonstige Begriffe. (1) Im Sinne dieses Gesetzes ist: (...) 2. Zubereitung: ohne Rücksicht auf ihren Aggregatzustand ein Stoffgemisch oder die Lösung eines oder mehrerer Stoffe außer den natürlich vorkommenden Gemischen und Lösungen;“

<sup>870</sup> “§ 11 Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr. (1) (...) Betäubungsmittel dürfen durch den Geltungsbereich dieses Gesetzes nur unter zollamtlicher Überwachung ohne weiteren als den durch die Beförderung oder den Umschlag bedingten Aufenthalt und ohne daß das Betäubungsmittel zu irgendeinem Zeitpunkt während des Verbringens dem Durchführenden oder einer dritten Person tatsächlich zur Verfügung steht, durchgeführt werden. Ausgenommene Zubereitungen dürfen nicht in Länder ausgeführt werden, die die Einfuhr verboten haben. “

<sup>871</sup> Véase *Körner* 2011 § 29 Teil 5 nm. 8 con más referencias.

<sup>872</sup> Un panorama a la evolución de la noción de introducción en la jurisprudencia del Tribunal Federal Supremo Alemán (BGH) puede verse en *Endriß/Malek*, p. 46 s.

<sup>873</sup> Véase *Nestler* en *Handbuch des BtMG* § 11 nm. 331-334.

del estupefaciente. Solo basta con el traspaso de la frontera para que la introducción del estupefaciente se considere consumada o completa, sin importar si hay una posibilidad de acceso o un propósito de aprovechar el estupefaciente en el interior del país.

La segunda constelación de casos corresponde a la de introducción en los límites de la frontera, ya sea en un *puesto avanzado de frontera* o por medio de oficiales de aduana alemanes, por ejemplo, en un tren a través de la frontera. En estos casos se considera consumada la introducción cuando los estupefacientes o los paquetes que los portan no son declarados. En este grupo de casos el límite de tiempo y espacio no es idéntico al de la primera constelación, sino que es su prolongación<sup>874</sup>.

La *introducción de estupefacientes impropia*, como tercera constelación, se da en los casos de tránsito. Con ella se considera completa o consumada la introducción cuando el transportador llega a una zona de tránsito con dichos estupefacientes, ya sea en su equipaje o maleta de mano, con el propósito de continuar viajando. En estos casos, la jurisprudencia ha considerado que se consuma la introducción cuando los estupefacientes vuelven a estar a disposición del viajero<sup>875</sup>. Se dice en la literatura especializada que este tipo de casos se diferencia del *tránsito* con estupefacientes (§ 11 inc. 1 frase 3 BtMG), pues este último exige que durante el proceso de tránsito no exista ninguna posibilidad de disposición sobre los estupefacientes.

La interpretación de la noción introducción por medio de la jurisprudencia y los correspondientes comentarios en la literatura<sup>876</sup> se consideran muy inconsistentes. Según el grupo de casos, son vistos como necesarios para la introducción tanto la posibilidad fáctica de poder disponer de los estupefacientes que se encuentran dentro del Estado, como también el propósito de introducir dichos estupefacientes en el mercado interno. Esta interpretación ha sido criticada por su notoria orientación preventiva sobre la comprensión del tipo penal de importación o introducción de estupefacientes. Las constelaciones mencionadas expanden la posibilidad de intervención penal, casi sin límites. Ya antes de la frontera - si allí hay un control aduanero -, siempre con el cruce de la frontera y también en el caso de que el

---

<sup>874</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 333.

<sup>875</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 333 y nota a pie 804.

<sup>876</sup> Así Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 335 y nota a pie 810 citando otras referencias.

estupefaciente sea descubierto, lo mismo en áreas de tránsito aunque el transportador del estupefaciente tenga como propósito conducir el mismo al extranjero.

Una de las críticas más importantes consiste en señalar que dicha dogmática, es decir, el catálogo expansivo de casos que se desprende de la interpretación de dicho tipo penal lesiona el *principio de certeza* (art. 103 inc. 2 de la Constitución alemana)<sup>877</sup>. Que esto sea resultado de la primacía de prevención ha sido sustentado en las siguientes razones. Primero, el transporte prohibido de estupefacientes sobre la frontera debe fundamentar la *puesta en peligro del bien jurídico salud pública*. Esta puesta en peligro solo se concreta con la entrega de dichos estupefacientes a la población y consumo por parte de sus integrantes. Esto se sostiene desde dos puntos de vista: por un lado, no queda ningún otro ámbito de aplicación para ser protegido por medio de la criminalización de la introducción, ya que otro proceder con estupefacientes es abarcado por otros tipos penales del BtMG. Segundo, el punto de partida de la jurisprudencia según el cual el transporte sobre la frontera y no el transporte concreto durante los controles de la frontera fundamentan la introducción o importe de estupefacientes es deficiente. Esta interpretación conduce, ante todo en casos de tránsito, a resultados contradictorios. Un razonamiento lógico llevaría a entender que en tanto el transportador se encuentra en el área de tránsito y su equipaje no pasa del control de aduana, no se genera ningún peligro para la población<sup>878</sup>.

Esta crítica es sostenida fundamentalmente por *Prittwitz*<sup>879</sup> según el cual la jurisprudencia recurre expansivamente al criterio de la lesión de la obligación de presentar el importe o mercancías en los casos de los controles fronterizos anticipados (*Gestellungspflicht*). Este uso no se da, por ejemplo, a los efectos de una posible limitación de punibilidad, cuando el control fronterizo o aduanero se encuentra detrás de la frontera<sup>880</sup>, caso en el cual la valoración es igual. También ha sido discutida la utilización del *criterio de real posibilidad de disposición* y se dice que dicho criterio no es abordado en el posible sentido literal del tipo penal de introducción o importe, sin embargo, al tener una función limitadora de punibilidad,

---

<sup>877</sup> Así *Nestler* en Handbuch des BtMG § 11 nm. 337; también *Prittwitz* NStZ 1983, pp. 350, 352.

<sup>878</sup> *Nestler* en Handbuch des BtMG § 11 nm. 337.

<sup>879</sup> *Prittwitz* NStZ 1983, pp. 350.

<sup>880</sup> *Prittwitz* NStZ 1983, pp. 350, 352.

su utilización no fundamentaría una lesión contra el principio de certeza<sup>881</sup>. Sin embargo, si se analiza con precisión a partir del principio *nullum crimen sine lege*, la doctrina llega al resultado contrario. La inconsistente interpretación según la cual el importe se considera consumado ya sea con el cruce de la frontera como también por medio de la lesión de la obligación de presentar la mercancía o equipaje ante el control de frontera antes del límite fronterizo o con el cruce de este control, representa una lesión contra el mandato de certeza.

La interpretación del tipo penal lesiona el principio de legalidad, pues valora iguales asuntos de manera diferente. La interpretación según la cual el importe es posible no solo con el traspaso de la frontera sino también con el control fronterizo o aduanero anticipado, como también con la lesión de la obligación de declarar, lesiona el principio de certeza en tanto no concuerda con el posible sentido literal de la palabra importe<sup>882</sup>. Sin embargo, si se parte del fundamento de la jurisprudencia de que el importe prohibido inicialmente tanto por medio del transporte sobre la frontera como también con la lesión de la obligación de presentar ante un control fronterizo anticipado<sup>883</sup>, se trataría de una interpretación diferenciada de la noción importe por diferentes asuntos<sup>884</sup>.

Contradictorio, arbitrario y lesivo del principio de certeza es la utilización de la posibilidad de disposición fáctica con la interpretación del tipo de introducción. Aquí son idénticas las circunstancias en los casos de introducción o importe propio y casos de tránsito: el transportador ha llevado los estupefacientes sobre la frontera al interior del país. Si los estupefacientes se encuentran en el área de tránsito, si ellos van dirigidos al interior o no y si ellos serán enviados a un control aduanero, son circunstancias irrelevantes para la interpretación del importe. En ese sentido, la diferenciada interpretación de casos de tránsito y de importe representa una contradicción y una arbitrariedad en tanto trata idénticas circunstancias según las determinadas características de importe por medio de la interpretación y no da ninguna regla general que pueda aplicarse para la interpretación diferenciada<sup>885</sup>.

---

<sup>881</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 351.

<sup>882</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 354.

<sup>883</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. Nm. 354 y nota a pie 854.

<sup>884</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 355.

<sup>885</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 355.

En síntesis, en términos de *Nestler*<sup>886</sup>, el tipo penal de importe o introducción (*Einfuhr*) y su interpretación dan otra muestra de la ilegitimidad del derecho penal de estupefacientes, pues se configura como un medio para el combate del mercado ilegal de estupefacientes y solo bajo esta máxima llega a ser aplicado. La interpretación de la norma sigue el principio de la *optimización de las facultades de control preventivas* y de la posible dura reacción sobre autores peligrosos, así que todas las formas de comportamiento con las que la amenaza penal debería ser disuadida, no son incorporadas como tentativa sino, solamente, como consumadas. La inconsistencia de la interpretación debida al principio de la optimización de la prevención lleva no solo a una lesión del principio de legalidad, sino que produce también arbitrarios y contradictorios resultados que no se justifican siempre bajo la lógica de la prevención.

## 2. Derecho penal de estupefacientes y proceso penal

El derecho penal de estupefacientes es una de las muchas áreas que ha transformado fundamentalmente el carácter del derecho penal. En la lucha contra las drogas, el derecho penal representa el intento de implementar la prohibición alrededor de los estupefacientes por medio del derecho penal. Este intento ha influido drásticamente el proceso penal y, en el ámbito de la lucha contra el narcotráfico, ha conducido a un derecho especial que se orienta por una fuerte *intervención policial* y la *provocación de hechos punibles* como criterio de investigación<sup>887</sup>. Que la criminalidad en torno a los estupefacientes sea el campo en el que se haga un fuerte llamado a medidas especiales de investigación, no solo es un tema paralelo al establecimiento de la criminalidad organizada<sup>888</sup>. Esta invocación de poderes especiales de investigación ha influido la praxis del proceso penal al interior de las causas sobre estupefacientes, especialmente con la *introducción de agentes encubiertos*, asunto, por lo demás, aceptado en la jurisprudencia alemana<sup>889</sup>.

La función central de la criminalidad de cara a los estupefacientes con la legitimación de “métodos especiales de investigación” consiste no solo en que la amenaza que genera dicha criminalidad sea percibida como una *amenaza* especialmente intensa tanto por parte de la

---

<sup>886</sup> *Nestler* en Handbuch des BtMG § 11 nm. 356.

<sup>887</sup> *Nestler* en Handbuch des BtMG § 11 nm. 378.

<sup>888</sup> Sobre la evolución de la noción de la criminalidad organizada véase *Busch* DuR 1992, pp. 374 ss.

<sup>889</sup> *Nestler* en Handbuch des BtMG § 11 nm. 380 y nota a pie 958.

sociedad<sup>890</sup>, sino también por parte de las estructuras de criminalidad organizada<sup>891</sup>. La criminalidad alrededor de los estupefacientes es una criminalidad consensuada y sin víctimas visibles. Sin afectados no hay denuncias a partir de las cuales se pueda emprender las actividades de investigación de la policía, razón por la cual el programa clásico del código penal alemán, al que se vincula la actividad de investigación frente a hechos punibles concretos, se queda corto frente a las dinámicas de dicha criminalidad.

Las posibilidades policiales de la investigación de criminalidad de drogas por medio de observación y control son restringidas. A su vez, los controles y la observación solo facilitan un muy limitado acceso sobre los participantes en el mercado, en la mayoría de casos solo sobre consumidores, pequeños traficantes y correos de drogas, quienes son al final los más activos en la cadena de distribución.

Las prácticas de investigación en este tipo de criminalidad se desarrollan fundamentalmente con medidas especiales como *agentes encubiertos*, *interceptación telefónica*, *observaciones secretas*, así como también la *delación* de los investigados por dichos delitos<sup>892</sup>. Sin embargo, la necesidad de un más profundo conocimiento de los mercados de drogas, implica una mayor penetración de los mismos y las organizaciones vinculadas a ellos. A esos propósitos, cada vez más la ejecución de delitos y la provocación de hechos, también en Alemania, se han convertido en un polémico *método de investigación*. Esta praxis ha sido aprobada por la jurisprudencia. Según el Tribunal Federal alemán, las intervenciones no autorizadas de la policía, las provocaciones policiales y las necesarias provocaciones de hechos punibles no conducen a una nulidad procesal o una negación de punibilidad, sino que exclusivamente se tendrán en cuenta en la *medición de la pena*<sup>893</sup>. La doctrina alemana enseña con diferentes argumentos que la estructura jurídica material del BtMG facilita los fundamentos de la argumentación con la que la jurisprudencia y la praxis legitiman la ejecución de que la participación en hechos punibles por parte de agentes policiales e infiltrados en hechos provocados<sup>894</sup>.

---

<sup>890</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 380.

<sup>891</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 380.

<sup>892</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 382.

<sup>893</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 386.

<sup>894</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 386.

Por un lado, el comportamiento policial que se subsume a los tipos penales del BtMG se considera no punible cuando el mismo es una *medida propia de la investigación penal*<sup>895</sup>. La crítica advierte que no es presentable que se considere permitido tales comportamientos incontrolados en el mercado<sup>896</sup>. Por otro lado, *no hay límites a la intervención policial* durante el proceso de infiltración y, finalmente, se considera que dichas provocaciones no son punibles en tanto *no representan un peligro* para el bien jurídico salud pública.

Con la ilegítima criminalización de todo un mercado en la forma de delitos sin víctima, no solo se logra un ámbito de criminalidad con el que fracasan los clásicos métodos de investigación, sino que se estimula la introducción de métodos perversos en los que se llega a admitir medidas de investigación intensamente invasivas en los derechos de las personas investigadas. Con ello se alcanza también una extrema *anticipación del derecho penal* ante determinados peligros y lesiones para bienes jurídicos, lo que fundamenta que la policía utilice la perpetración de hechos y especialmente la provocación como una forma cotidiana de persecución en el ámbito de la criminalidad organizada<sup>897</sup>.

Falsa es la consideración según la cual se cree que la policía puede controlar las actividades del mercado por medio de su participación como comprador o vendedor. Desde el punto de vista del control de precios, la participación policial en el mercado no impide una variación de los mismos pues uno de los fines de tal intervención es impedir el flujo de dinero producto de dicho mercado, así como tampoco puede impedir que en otros niveles se desarrolle el juego oferta-demanda para determinar las variaciones en los precios<sup>898</sup>.

Insostenible es la afirmación según la cual se ha implementado un método de investigación en el ámbito del derecho penal de estupefacientes que no es otra cosa que un programa estatal sistemático, plataforma para la perpetración de delitos a partir de los cuales se quiere fundamentar el castigo a participantes en esta criminalidad. En ese sentido, se desarrolla un objetivo muy diferente al propósito clásico del derecho penal. No se disuaden ni aclaran hechos punibles sino que se *producen*. La provocación de hechos punibles con el propósito de castigar sus efectos se considera, ante todo, una intervención en los derechos de los

---

<sup>895</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 388.

<sup>896</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 389.

<sup>897</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 399.

<sup>898</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 402.

ciudadanos de la mayor gravedad. Si el efecto de las provocaciones es el castigo del provocado, entonces dicha intervención consiste en una conducción engañosa no solo el hecho punible sino la pena en sí. Se considera que con la provocación del hecho, el sujeto investigado es simplemente degradado<sup>899</sup>.

#### **D. Conclusiones**

En Alemania no existe un reproche en el ámbito jurídico penal para el consumo de drogas. Que ello sea así se debe a que el autoperjuicio no representa un hecho punible en el derecho penal positivo, siendo un principio cuya aplicación es trasladable para fundamentar la ausencia de punibilidad del consumo de drogas. Aunque dicho comportamiento no es sancionado, no todas las medidas penales se desaprueban en otros escenarios vinculados al consumo de drogas. En la órbita de la impunidad del consumo de drogas se instalan una serie de reproches penales cuyos tipos se orientan a la sanción de las conductas orientadas por la oferta (como producción, transporte y tráfico de estupefacientes), el comportamiento en relación con la financiación o medidas de oferta del mercado de las drogas hasta las acciones vinculadas al consumo (como cultivo o posesión).

La pregunta nuclear se plantea en torno a si y de qué manera una norma de prohibición de este tipo puede ser implementada. Este tipo de normas plantea, en la protección penal de los consumidores de drogas, una contradicción normativa ya que no castiga al consumidor pero sanciona todas las esferas de comportamiento vinculadas al mismo. La impunidad de la participación o la intervención en una autopuesta en peligro intencional tiene un fundamento especial en la impunidad del suicidio y las autolesiones. En aquellas conductas que gravitan alrededor del consumo, por ejemplo la introducción, facilitación o entrega de estupefacientes, el argumento más plausible continuaría siendo el del principio de la autoresponsabilidad. La sanción según el BtMG para la instigación, promoción o facilitación de una autopuesta en peligro por medio de la entrega de estupefacientes, debería pasarse por alto a partir del principio que limita el reproche penal a partir de la autoresponsabilidad. A pesar de ello, en el BtMG la protección de la autonomía de la persona y, en ese sentido, el propósito de protección de bienes jurídicos individuales no tiene la importancia que debería. En el BtMG se da preponderancia a la salud pública a pesar de su carácter complejo, universal y de

---

<sup>899</sup> Nestler en Handbuch des BtMG § 11 nm. 402.

indisponibilidad individual. De este panorama de protección en el que prima la salud pública sobre las decisiones de los consumidores, se plantean cuestionamientos como los relativos a explicar por qué cada individuo debe ser distanciado de su autopuesta en peligro a partir de la protección a la salud pública; cuál es el núcleo material del injusto de los tipos penales sobre drogas; y si se puede afectar dicho núcleo con la lesión del bien jurídico salud pública.

Desde la promulgación del BtMG de 1972 se han desarrollado una serie de definiciones de la salud pública en el sentido de intereses de la generalidad. En la literatura se desarrolla cierta idea comunitaria, en el sentido de entender que “salud pública es más que solo la suma de la salud de cada ciudadano, sino una expresión del ámbito social (en el sentido de un peligro de otro bien jurídico)”. En la jurisprudencia también hay diferentes concepciones en relación al bien jurídico salud pública que siguen asimismo la línea legislativa. Para la jurisprudencia de las altas cortes, el bien jurídico del BtMG no son solo la vida y la salud sino los perjuicios que se desprendan para la personalidad a partir del consumo extendido, especialmente de drogas duras.

En la famosa decisión cannabis del 09.03.1994, el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) tomó una posición que determinó una particular comprensión de la noción salud pública. Frente al tema bien jurídico en el BtMG, no utiliza expresamente la noción “salud pública”, sino que fijó una comprensión amplia de acuerdo a la materia legislativa a partir de la cual se determinó que las normas penales del BtMG sirven “a la política de la salud humana, así como de cada individuo, como la población en general de los peligros que se desprenden de los estupefacientes y proteger a la población, ante todo jóvenes, de la dependencia de los estupefacientes”. A partir de la “decisión cannabis”, se amplió el postulado del BtMG a la orientación de otros propósitos diferentes a la salud pública. El BtMG se orienta, entonces, a una convivencia social libre de drogas o a una orientación de la vida basada en la abstinencia.

Múltiples críticas han sido levantadas contra la posición del BVerfG, las cuales se orientan a precisar cómo esta posición omite hablar concretamente del bien jurídico del BtMG. Se dice que la protección jurídico penal solo puede ser admitida y legitimada para concretos y determinados bienes jurídicos, los cuales directa o indirectamente son reducibles a individuos en concreto. Los bienes jurídicos universales, sin repercusión para intereses humanos concretos, no son compatibles con las orientaciones axiológico-sociales dadas por la Constitución. La otra crítica se desprende de la vaguedad e indeterminación de la noción

salud pública. La noción se ha calificado de difusa, ilimitada, sin sujeto titular o sustancialmente vaga. Además se critica al BtMG en tanto solo se preocupa por castigar ámbitos previos al consumo o terapias forzadas para disuadir a los individuos de la decisión sobre el consumo (crítica paternalista). En la literatura y jurisprudencia constitucional alemana, se desaprueba una protección paternalista de los peligros de una persona contra sí misma, pues la autopuesta en peligro se comprende como una forma del “libre desarrollo de la personalidad” según el art. 2 inc. 1 Constitución alemana. Una de las críticas más común en la literatura sobre el BtMG, es el señalamiento de dicha normatividad como un ejemplo de derecho penal preventivo. Dicha estrategia de prevención no solo se denuncia por medio de la utilización del delito de peligro abstracto, sino también en el mismo momento en el que se define el bien jurídico a proteger, motivado por un preponderante interés de prevención.

Con la indeterminabilidad de la noción “salud pública”, la interpretación judicial conduce inevitablemente a arbitrariedades. La violación constitucional más grave la constituye la lesión al *principio de certeza*. En el caso alemán, la punibilidad no corresponde al postulado del Art. 103 inc. 2 de la Constitución alemana que exige la determinación legal de los hechos punibles, sino que fuerza al juez a ir más allá de los límites de la punibilidad, es decir, a fundamentar su decisión a partir de parámetros abiertamente valorativos. Por un lado, la comprensión de la salud pública como *acumulación de bienes jurídicos* es insuficiente. En cierta medida fue la llamada “decisión cannabis” la que otorgó la posibilidad de amplias interpretaciones judiciales. Por otro lado, aparte de los intentos de fundamentación de la salud pública como un “hiper-bien jurídico”, se ha intentado reconocer a la “salud pública” como un *bien jurídico autónomo o particular* en contraste con la comprensión acumulativa de diferentes bienes jurídicos.

El reconocimiento de la salud pública como bien jurídico significa el abandono del principio de *intervención subsidiaria* del derecho penal frente a un mecanismo que intenta asegurar la existencia y una conducción arbitraria de la vida social. Se señala también que la conservación de la salud pública como bien jurídico no puede argumentarse sobre la base de la acumulación de bienes jurídicos, así como tampoco puede desprenderse su lesión a partir de una acumulación de contribuciones causales con las cuales se perjudique el mismo. El castigo de particulares debido a un comportamiento que no puede conducir efectivamente a un daño colectivo representa una funcionalización de intereses estatales en un determinado bien.

Resulta inadmisibile la construcción de una lesión del bien jurídico a partir de la acumulación de contribuciones particulares.

El desarrollo jurisprudencial en el estudio del tipo penal de importe o introducción (§ 29 BtMG) es una clara muestra del exceso judicial en la interpretación del derecho penal sobre drogas. La interpretación de dicho tipo da otra muestra de la ilegitimidad del derecho penal de estupefacientes, pues se configura como un medio para el combate del mercado ilegal de drogas y solo bajo esta máxima llega a ser aplicado. La interpretación de la norma sigue el principio de la *optimización de las facultades de control preventivas* y de la posible dura reacción sobre autores peligrosos, así que todas las formas de comportamiento con las que la amenaza penal debería ser disuadida, no son incorporadas como tentativa sino, solamente, como consumadas. La inconsistencia de la interpretación debida al principio de la optimización de la prevención lleva no solo a una lesión del principio de legalidad, sino que produce también arbitrarios y contradictorios resultados que no se justifican siempre bajo la lógica de la prevención.

La orientación preventiva de la política antidroga y el derecho penal que de ella se deriva, ha influido drásticamente, también, el proceso penal y, en el ámbito de la lucha contra el narcotráfico, ha conducido a un derecho especial que se orienta por una fuerte *intervención policial* y la *provocación de hechos punibles* como criterio de investigación. Que la criminalidad respecto de estupefacientes sea el campo en el que se haga un fuerte llamado a medidas especiales de investigación, no solo es un tema paralelo al establecimiento de la criminalidad organizada. Esta invocación de poderes especiales de investigación ha influido la praxis del proceso penal en las causas sobre estupefacientes, especialmente con la *introducción de agentes encubiertos*, asunto, por lo demás, aceptado en la jurisprudencia alemana

## Capítulo Sexto

### **Particularidades del estado de necesidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.**

Mientras que la criminalización expresada en toda norma penal supone un modelo de despolitización del hecho y patologización del conflicto previamente atrapado en la descripción normativa, el reconocimiento de las condiciones de justificación supone repolitizar la acción del agente, reconociendo que es expresiva de una contradicción social antes que de una morbilidad individual. Este esquema básico, que es predicable para toda situación de justificación penal, en tanto supone un modelo total o parcial de descriminalización a partir del reconocimiento de las condiciones personales y sociales que deslegitiman la intervención penal en el caso concreto, aparece negado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español cuando se trata de conductas relacionadas con tráfico de drogas. La situación del estado de necesidad -su grado de reconocimiento- en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español nos permitirá entender no solo un tramo del sistema penal español - aquel relacionado con drogas e inmigrantes<sup>900</sup> -, sino hacer una completa cartografía del sistema penal, de sus principales contradicciones y déficits constitucionales, sobre todo en tanto el reconocimiento de la justificante como *ultima ratio* ha supuesto una comprensión del derecho penal como *prima ratio*.

Siguiendo el estilo de los códigos penales modernos, el CP español vigente ha traído un capítulo sobre las causas que eximen de responsabilidad criminal, estableciendo en el art. 20.5 que “El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber”, queda exento de responsabilidad criminal. No obstante que se ha reconocido que el legislador no ofreció una definición clara del estado de necesidad que permitiera inferir a que teoría se afilia<sup>901</sup>, lo cierto es que describe los elementos básicos cuya presencia habilita la justificante de estado de necesidad: **Primero.** Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. **Segundo.** Que la situación de

---

<sup>900</sup> A partir del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, la profesora *Martínez Escamilla* se propone estudiar “la circunstancia psicosocial de la pobreza o penuria económica como elemento determinante de la actividad delictiva”, entendiéndolo como condición para indagar “como nuestro derecho penal y nuestro Tribunal Supremo tratan el fenómeno de la pobreza” (2004), p. 704.

<sup>901</sup> Cfr. *Mir Puig* (2002), p. 439; *Muñoz Conde/García Arán*, (2002), p. 335.

necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. **Tercero.** Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Sobre el reconocimiento del estado de necesidad como condición de justificación del comportamiento ha habido pleno acuerdo en la doctrina especializada. La única incertidumbre en torno al estado de necesidad ha sido referente a la valoración que merecen los casos de estado de necesidad, pues mientras algunos sostienen que todos los casos deben ser tratados o bien como justificantes o bien como exculpantes (*teorías unitarias*) otros han entendido que algunos casos deben resolverse como justificación y otros como exculpación, dependiendo del peso comparativo del bien jurídico sacrificado (*teorías diferenciadoras*).

También el Tribunal Supremo español ha reconocido la importancia de concederle un espacio a la pregunta por el grado de justificación que pueda tener la conducta enjuiciada en virtud de la existencia de un estado de necesidad, elaborando una importante doctrina sobre las características y los requisitos necesarios que se deben cumplir para su obtención. El Tribunal Supremo argumenta que el estado de necesidad exige como mínimo presupuesto de su apreciación la presencia de un *conflicto de bienes o colisión de deberes* que la doctrina<sup>902</sup> define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. Por tanto, los requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir para apreciarla son:

- 1) La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (...) <sup>903</sup>.
- 2) La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno <sup>904</sup>.

---

<sup>902</sup> Ver *Córdoba Roda*, 1972; p. 272; *Cerezo Mir*, 2003, p. 247; *Mir Puig*, 2002, p. 454; entre otros.

<sup>903</sup> Ver, entre otros, *Córdoba Roda*, 1972; p. 281; *Cerezo Mir*, 1986, p. 202.

<sup>904</sup> *Martínez Escamilla*, 2004, p.720.

Aunque esta apreciación se muestra conforme con el estado actual de la ley y de la doctrina especializada<sup>905</sup>, no obstante, en materia de tráfico de drogas, por tratarse del bien jurídico de la salud pública, el Tribunal ha establecido un criterio jurisprudencial muy restrictivo en la aceptación de la justificación completa, o incompleta, en virtud del estado de necesidad. En palabras del Tribunal: “no se ha admitido justificación del estado de necesidad basado en las estrecheces o penuria económica, por entender que el mal causado por tal clase de delito es muy superior al derivado de la precariedad económica del traficante, siendo preciso en tales supuestos que se extreme la exigencia de la acreditación del estado de necesidad actual o inminente del traficante y que también se justifique la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otros medios”<sup>906</sup>.

Más allá de la postura doctrinaria que asume el Tribunal<sup>907</sup>, a la que nos referiremos, lo cierto es que en materia de tráfico de drogas opera un *criterio ideológico* que le niega cualquier sitio a la eximente por necesidad, por considerar insacrificable el bien jurídico de la salud pública. A continuación nos ocuparemos de mostrar cómo, en materia de tráfico de drogas, la fuerza ideológica del bien jurídico de la salud pública ha llevado a la derogatoria, vía jurisprudencial, del art. 20.5 del CP. En materia de tráfico de drogas el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo se muestra contrario a la ley, a la doctrina especializada y a la propia doctrina establecida por el Tribunal para el entendimiento del estado de necesidad. El desarrollo de este propósito se hará mediante el análisis del tratamiento dado por el Tribunal a los requisitos establecidos para configurar la eximente, especialmente, frente al requisito de la proporcionalidad de males y el requisito de la subsidiariedad.

#### A. La eximente completa: proporcionalidad y subsidiariedad.

Antes de iniciar este repaso por los requisitos de la subsidiariedad y la proporcionalidad es necesario recordar las incidencias que el bien jurídico de la salud pública tiene sobre los desarrollos jurisprudenciales. La existencia ideológica del bien jurídico de la salud pública le ha sustraído cualquier contenido al requisito del mal. Por ejemplo, la selectiva sensibilidad del Tribunal, que lleva a reconocerle un valor absoluto a la *familia española* despreciando

---

<sup>905</sup> Ver Domínguez Izquierdo, 2003.

<sup>906</sup> Entre otras, STS 5239/2010, de 15 de octubre de 2010; Auto del TS 5524/2014. de 22 de mayo de 2014

<sup>907</sup> Que podría identificarse, por el número de veces en que asume explícitamente tal postura, con la teoría diferenciadora.

cualquier atención para la familia de los traficantes migrantes, tiene allí su explicación. Es curioso advertir como el tribunal alega entre otras cosas la protección de la familia<sup>908</sup> para fundar la gravedad de las conductas juzgadas omitiendo que con la realización de la conducta también se trataba de proteger a la familia del autor del delito<sup>909</sup>. También a la pobreza extrema, como condición excluyente o atenuatoria de responsabilidad se le ha negado toda operatividad a partir de su comparación con el bien jurídico de la salud pública: “la situación de penuria y dificultad económica del agente no es mal equiparable al que con el tráfico se produce en la sociedad”<sup>910</sup>. De esta manera la importancia asignada al bien jurídico de la salud pública, desplaza la exigencia de demostrar caso por caso la *necesidad* para configurar la eximente. Un juicio valorativo –abstracto y general- anula la exigencia empírica para el reconocimiento de cualquier forma de atenuación, de tal forma que no hay circunstancia personal que pueda oponerse al valor del bien jurídico de la salud pública:

“No ofrece ninguna duda que el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente comisor, por muy agobiante que sea este problema; de ahí que la jurisprudencia de esta Sala haya sido desde siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico, ya que es tanta la incidencia negativa que provoca en nuestra sociedad a todos los niveles (personal, familiar, etc.), que hace difícil comprender que una persona pueda llevar a cabo la difusión de drogas so pretexto de obtener unas ganancias para así salir de su precaria situación económica por muy evidente y grave que ésta sea”<sup>911</sup>.

En síntesis, cualquier bien enfrentado al bien jurídico de la salud pública queda inevitablemente excluido de toda protección legal.

---

<sup>908</sup> “No cabe duda alguna -ha dicho esta Sala- que el tráfico de drogas ,como la cocaína, constituye actualmente uno de los males sociales más graves, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, consecuencias que abarcan un amplio espectro, desde la ruina física, psíquica, económica y social del adicto, a la destrucción de relaciones familiares con el subsiguiente e inevitable sufrimiento que ello supone, sin olvidar la fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia trágicos que tal tráfico genera”, STS 4868/2011, de 6 de julio de 2011

<sup>909</sup> “Respecto del estado de necesidad, que se alega expresando que el acusado carecía de trabajo, aun habiéndose admitido por la Sala de instancia la situación de angustia económica o la necesidad de obtener medios para subvenir a las necesidades de subsistencia propia y de familiares cercanos, ello no puede nunca anular ni disminuir la responsabilidad penal por un delito de tanta gravedad como es el tráfico de sustancias estupefacientes”, STS 4868/2011, de 6 de julio de 2011.

<sup>910</sup> STS 1308/2011, de 10 de marzo de 2011.

<sup>911</sup> STS 1308/2011 de 10 de marzo de 2011.

## I. La ponderación o proporcionalidad de males.

De forma pacífica se acepta que cualquier bien relevante puede ser protegido por estado de necesidad y que ningún bien jurídico es en principio insacrificable por una acción justificada. Para superar el conflicto que se puede llegar a presentar entre el bien salvado y el bien sacrificado la doctrina le ha dado un sitio cada vez mayor al método de la ponderación de intereses, ya que incluye, a diferencia del método de ponderación de bienes, una referencia a los valores involucrados en las circunstancias concretas.

Sobre el requisito de la ponderación el CP exige *que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar* (art. 20.5). De acuerdo con la doctrina: a) se trata de un requisito accidental<sup>912</sup>, cuya falla podría conducir a la eximente incompleta y, b) la cláusula de ponderación no se agota en la mera ponderación de los bienes en conflicto<sup>913</sup>.

Una consideración sobre la jurisprudencia del TS acerca de este requisito enseña que la ponderación se hace única y exclusivamente a partir de la cualidad del bien jurídico lesionado y que por las razones que discutiremos más tarde la jurisprudencia del TS acaba concediéndole naturaleza esencial al mismo, hasta convertirlo, contra toda opinión especializada, en insacrificable.

Aunque son muchas las razones que se esgrimen para considerar que el delito de tráfico de drogas es un mal mayor<sup>914</sup>, lo cierto es que todo parece obedecer a la superioridad ideológica que años de prohibicionismo han asignado al bien jurídico de la salud pública.

Dentro de los argumentos más comúnmente esgrimidos se encuentran: En *primer lugar*, no se puede aducir una grave situación de necesidad económica para justificar la comisión de un delito tan trascendental como es el tráfico de drogas (STS 13 de febrero de 1998)<sup>915</sup>. En

---

<sup>912</sup> Luzón, 1996, p.582.

<sup>913</sup> Córdoba, 1972, p. 291.

<sup>914</sup> Estos han sido sintetizados por Martínez Escamilla, 2004, pp. 704-705, en dos argumentos fundamentales: unos de naturaleza técnica o dogmática y otros de índole político-criminal.

<sup>915</sup> Debemos hacer notar, sin embargo, que en esta sentencia el TS advierte acerca de la extrema gravedad de las penas para los delitos de tráfico de drogas en el CP de 1995, las cuales pueden llegar a 12 años de prisión si se trata de drogas que causan grave daño a la salud, y a seis años si se trata de drogas que no causan grave daño a la salud. Al mismo tiempo, en clave del principio de proporcionalidad, dijo que “es evidente, en una comparación sistemática, que desde la perspectiva del principio de proporcionalidad un delito de peligro abstracto para la salud de sujetos indeterminados, no puede ser sancionado con una pena máxima escasamente menor que la

*segundo lugar*, frente a una grave situación económica no se pueden contraponer, como excusa, los gravísimos perjuicios que a la masa social se le irrogan con el tráfico de estupefacientes, tales son la ruina personal, económica y social que con el tráfico se ocasiona a tantas personas (STS 13 de febrero de 1998, 22 de septiembre de 1999, 3 de diciembre de 1999, 26 de septiembre de 2001, 18 de diciembre de 2001 y 14 de mayo de 2002). En *tercer lugar*, la legitimación, total o parcial, de los delitos de tráfico de drogas supondría la generalización de una tesis con imprevisibles consecuencias (SSTS 14 de mayo de 1998, 26 de enero de 1999 y 13 de junio de 1999). En *cuarto lugar*, en una lógica escala de valores no ofrece ninguna duda que el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente y, por eso, es difícil comprender que una persona pueda llevar a cabo la venta de drogas so pretexto de obtener unas ganancias para así salir de su precaria situación económica, por muy evidente y grave que ésta sea (SSTS 3 de octubre de 1998, 4 de diciembre de 1998, 5 de junio de 1999, 12 de junio de 2000, 19 de junio de 2000, 21 de junio de 2000, 14 de julio de 2000, 6 de marzo de 2001, 29 de marzo de 2001, 18 de julio de 2001<sup>916</sup>; 20 de septiembre de 2001, 28 de diciembre de 2001 y 15 de julio de 2002). En *quinto lugar*, en los delitos de tráfico de drogas el bien jurídico de la salud pública es de mayor valor y ello impide superponer un valor personal al valor general, ya que el delito afectaría a la generalidad de la ciudadanía (SSTS 19 de octubre de 1998<sup>917</sup>; 5 de junio de 1999, 15 de diciembre de 1999, 22 de mayo de 2000, 19 de junio de 2000 y 26 de octubre de 2000). En *sexto lugar*, el delito de tráfico de drogas representa, “por decirlo en palabras de la Convención de Naciones Unidas” una grave amenaza para la salud y el bienestar de los seres humanos y menoscaba las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad (STS 30 de octubre de 2000). En *séptimo lugar*, un juicio de proporcionalidad de bienes en conflicto, entre la precariedad económica y la comisión de un delito de drogas, plantea un desequilibrio axiológico tan evidente, que ni

---

aplicable si se hubiera causado la muerte de una persona determinada, solo porque la droga fue introducida desde el exterior”. Quizá ello fue la razón que ha llevado al TS en el Pleno no jurisdiccional de 19 de octubre de 2001 a la revisión del criterio cuantitativo sobre la “notoria importancia”.

<sup>916</sup> El TS alega que en algunas ocasiones se ha enfrentado a situaciones verdaderamente angustiosas y que en las mismas ha rechazado tajantemente toda posibilidad de consideración de estado de necesidad, porque la agresión a la salud de la comunidad que supone el delito castigado en el art. 368 CP es tan grave, que nunca una situación de dificultad económica o de grave penuria puede determinar el estado de necesidad (cita la STS 7107/1998, de 5 de octubre de 1998, en la cual se trató el caso de una mujer que realizó la conducta para procurarse los más indispensables medios de subsistencia tanto para ella como para sus numerosos hijos pequeños a cuyo sustento no alcanzaba con la sola aportación dineraria, escasa en su cuantía, que facilitaba el abuelo de los menores).

<sup>917</sup> En esta decisión el TS precisa que la eximente de estado de necesidad requiere un elemento subjetivo, actuar por estado de necesidad, y que la concurrencia de otros móviles distintos enturbiaría la preponderancia de la eximente.

siquiera cabría hablar de conflicto o confrontación (SSTS 8 de febrero de 2002, 14 de mayo de 2002 y 2 de octubre de 2002).

En este orden de ideas de lo que se trata es de la construcción de una barrera infranqueable al estado de necesidad por medio de la *negación del requisito de la ponderación*. Negarle todo valor jurídico al bien que se intenta salvar por medio del sacrificio de la salud pública, significa sustraerse a las exigencias construidas por la doctrina para aplicar el juicio de ponderación. Es cierto que ya se ha denunciado que en aquellos supuestos en los cuales el Tribunal si desciende al caso concreto para realizar la ponderación de males enfrentados, el ejercicio tampoco le queda muy bien hecho, pues “al realizar la ponderación, por un lado, compara fenómenos muy distintos de forma inconsistente desde un punto de vista analítico y, por otro, que no resulta claro si se inclina por la ponderación de bienes o de intereses, lo que tiene importantes repercusiones en relación con el carácter *ex ante* o *ex post* del punto de partida y con el modo de incorporar la cantidad y probabilidad de daño en la cuantificación de los costos esperados”<sup>918</sup>.

En terminología de *Lascurain Sánchez*<sup>919</sup>, quien entiende que el principio de proporcionalidad aplicado a la ponderación está conformado por dos presupuestos ineludibles como son: i) que el fin al que se dirige la acción sea legítimo y ii) que el medio utilizado sea idóneo, cuando se le niega cualquier operatividad al juicio de proporcionalidad lo que realmente se está haciendo es quitarle cualquier protección jurídica al interés protegido por el autor de la conducta del art. 368 CP. El ejercicio ponderativo, o mejor, la negativa a ponderar por parte del Tribunal Supremo Español en materia de tráfico de drogas deja entrever un desprecio por los intereses protegidos con la acción delictiva. Las menciones que encontramos a la desproporcionalidad de la acción del agente no son consecuencia de un neutral ejercicio de subsunción judicial, sino que aparecen en un contexto valorativo del que simplemente ha desaparecido la posibilidad de una ponderación verdadera.

Como ya se ha dicho, tal situación no es extraña y, mejor, parecería corresponder, si reparamos en lo que han investigado *Roldán*<sup>920</sup>, *Paredes*<sup>921</sup> y *Varona*<sup>922</sup>, a una constante sobre

---

<sup>918</sup> Bermejo, (2005), p. 942.

<sup>919</sup> (1998), pp 166 ss.

<sup>920</sup> Roldan, (1983), p. 475.

<sup>921</sup> Paredes Castañón, 1989, p. 199.

el tratamiento de las eximentes de estado de necesidad y de miedo insuperable en la jurisprudencia del TS. El primero de los autores citados se ha mostrado alarmado por la escasa aplicación del instituto del estado de necesidad (por ejemplo, entre 1870 y 1932, apenas se aplicó la eximente del estado de necesidad, art. 8.7, en cuatro ocasiones); el segundo ha señalado que la doctrina del TS es sumamente restrictiva, a partir de una concepción apoyada en la exigencia extremada de los requisitos de la eximente, mientras que el tercero ha llamado la atención acerca de la extrema restricción de la aplicación de la eximente de miedo insuperable la que, en contraste con la relativa frecuencia con que es alegada en los procesos penales, desde 1930 hasta la fecha del trabajo citado, apenas fue aplicada en 8 ocasiones.

No obstante, habría que ver como para el caso de los ciudadanos españoles se advierte una argumentación menos desprejuiciada y, por lo tanto, más jurídica que la acumulación de juicios de valor peyorativos que caracteriza el tratamiento de los ciudadanos extranjeros. Estadísticamente también es posible encontrar mayores condiciones absolutorias frente a autóctonos que frente a extranjeros. Por ejemplo, en el período de tiempo analizado, solo se reconoció en una ocasión la “posibilidad” de conceder la eximente de estado de necesidad en condiciones extremas en delitos contra la salud pública, tratándose de un supuesto en el que se juzgaba a un ciudadano español<sup>923</sup>. En delitos contra la salud pública fue concedida la eximente completa en una ocasión en la cual se ingresó droga a una prisión para evitar el suicidio de un hermano adicto que previamente había amenazado con quitarse la vida<sup>924</sup>. Por supuesto, en delitos no relacionados con el bien jurídico de la salud pública también ha sido más común encontrar el reconocimiento de la eximente completa de estado de necesidad. Según *Martínez Escamilla*, “en los delitos de tráfico de drogas no encontramos excepciones a esta tendencia restrictiva. Sí puede hallarse en la jurisprudencia del Supremo alguna excepción cuando de otros delitos se trata. Por ejemplo, en la STS 23-11-1991 el Supremo, en contra del fallo de la Audiencia Provincial, aplica la eximente completa de estado de necesidad al sujeto que vendió su vehículo embargado *para atender las necesidades propias y de sus cuatro hijos*, dado que las enfermedades del corazón y diabetes que padecía le

---

<sup>922</sup> *Varona* (1996), p. 748.

<sup>923</sup> STS 2961/2008, de 19 de julio de 2008.

<sup>924</sup> STS 7046/1997, de 24 de noviembre de 1997.

impedían el desarrollo normal de la pequeña industria de vendedor ambulante a la que se dedicaba” (2004, p 710, np 18).

El ejercicio de adjudicación judicial se revela así como un instrumento para apuntalar la ideología vigente en materia de drogas. Al interior del ejercicio consistente en aplicar normas provenientes de una fuente autorizada<sup>925</sup>, se presenta un desplazamiento<sup>926</sup> que reemplaza al legislador democrático por criterios extranormativos –como la alarma social, la cruzada internacional contra las drogas, la ideología conservadora sostenida por empresarios morales– para negarle toda aplicación a las eximentes de responsabilidad en materia de tráfico de drogas.

Los términos de un verdadero ejercicio de ponderación han sido apropiadamente descritos por *Domínguez Izquierdo*, quien incluye en los supuestos de la *apremiante situación económica*, elementos necesarios que han de ser valorados desde una perspectiva global que incluya “las distintas proyecciones que tal situación personal puede acarrear: la salud de un hijo, la defensa de una vivienda, la subsistencia material de la familia, tomando en consideración la clase de peligros que generan los distintos males”<sup>927</sup>. Esto es, no basta con afirmar en abstracto la superioridad de los intereses generales relacionados con la salud pública negándose a descender al nivel individual implicado en la acción. Es precisamente para garantizar la *visión microscópica* del individuo infractor, sus necesidades y circunstancias, que desaparecen bajo la *visión macroscópica* que impone la norma incriminatoria, que el legislador ha previsto las causales de ausencia de responsabilidad. Se trata de una solución de compromiso que relativiza las necesidades de prevención general y/o retribución, reconociendo la conflictividad de la *vida real*, pues como lo ha reconocido la audiencia de Madrid en un raptó de lucidez extraño al Tribunal Supremo español, "Si la experiencia de la

---

<sup>925</sup> No habría que olvidar que el estado de necesidad ha sido previsto por el legislador español en el art. 20.5 del CP, como un expediente para solucionar conflictos que se puedan presentar en el ejercicio de adjudicación judicial.

<sup>926</sup> El numeral 2 del art. 81 de la Constitución Española informa que “La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

<sup>927</sup> *Domínguez Izquierdo*, (2003), p. 246.

vida hizo llegar a las leyes penales las eximentes [de responsabilidad], no fue para guardarlas, sino para aplicarlas, en viaje de vuelta, a casos que ocurren en la vida real"<sup>928</sup>.

Debería concluirse que evidenciados los graves e inminentes peligros ante los cuales se encuentran los inmigrantes que deciden transportar droga, provenientes de contextos sociopolíticos altamente discriminatorios y desiguales y que se evidencia con una aproximación desprejuiciada a la historia y al contexto de las sociedades del tercer mundo<sup>929</sup>, la supuesta desproporcionalidad que advierte el Tribunal entre bienes en conflicto no es una consecuencia del ejercicio jurídico-constitucional que exige el juicio ponderativo, sino el fruto de una decisión política consistente en negarle cualquier valor y por tanto cualquier protección jurídica al extremo más débil de los intereses en pugna. Antes que ser el resultado de un juicio ponderativo dispuesto a considerar las especificidades del caso, se trata de la aplicación de un estándar abstracto que niega de antemano cualquier relevancia al interés protegido con la acción del agente. En tanto del otro lado no se encuentra nada jurídicamente relevante no debe extrañar que la balanza aplicada a la ponderación de intereses en materia de tráfico de drogas, se incline fatalmente hacia el extremo de la salud pública<sup>930</sup>.

La vaguedad e imprecisión que caracteriza el ejercicio ponderativo del Tribunal ha sido un factor determinante para negarle un sitio a la eximente, especialmente porque el juicio empírico que exigiría concretar los extremos puestos en consideración, se ve remplazado por la fuerza ideológica del bien jurídico de la salud pública, convertida en una consigna irrenunciable que exime de descender al caso concreto. Las diferentes circunstancias acreditadas por los procesados como motivo de sus conductas suelen ser calificadas como

---

<sup>928</sup> Se trata de la sección quinta de la audiencia de Madrid, Magistrado Arturo Beltrán. Citado en El país, "Un tribunal libra de la cárcel por estado de necesidad a una 'correo de la droga'", 15 de octubre de 1996, [http://elpais.com/diario/1996/10/15/sociedad/845330404\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1996/10/15/sociedad/845330404_850215.html) (consultado 11/12/2012)

<sup>929</sup> La jurisprudencia del Tribunal Supremo español en materia de drogas se encuentra marcada por una etiología individualista que encuentra las causas del delito en una personalidad deficitaria divorciada de cualquier referencia al contexto económico, político y social en que se produce la acción. Con *Virgolini* se puede mantener que "parece evidente la esencial banalidad de las cuestiones etiológicas en materia de delito de cuello blanco, cuando son reducidas a la indagación de las motivaciones particulares del actor accidental. Una mayor riqueza se encuentra en las teorías enderezadas a determinar las relaciones del acto desviado con la estructura económica en la cual este se despliega" (*Virgolini*, 2004, p. 94).

<sup>930</sup> En palabras de la profesora *Martínez Escamilla* "Ha de advertirse que en la mayoría de las resoluciones del Tribunal Supremo sobre el tema, la referida ponderación en realidad no se realiza, sino que simplemente se presenta la desproporción como un resultado evidente" (2004, p. 711).

“simples circunstancias hipotéticas”<sup>931</sup>. Frente al daño “real” causado a la salud pública, el daño evitado con la conducta punible se ve demasiado abstracto y lejano: “ha de procederse con extremada cautela. Cautela que lleva racionalmente a ponderar los males en conflicto, siendo así que frente a unos hipotéticos males físicos, o frente a una evidente y manifiesta penuria económica, se contraponen unos perjuicios a la masa social tan graves como los que del tráfico de estupefacientes se derivan”<sup>932</sup>.

Al respecto, es imposible no preguntarse exactamente en qué extremo de la balanza se encuentra lo hipotético, si en los males derivados de una situación de pobreza y marginalidad manifiesta, o en los futuros males sociales que el tráfico de drogas representa para la salud pública. Si se considera que el problema de los correos representa solamente una parte menor del problema global que plantean las drogas, mientras que la obtención de dinero a través del tráfico se presenta a veces como la única opción disponible para superar situaciones de extrema necesidad, no parecería quedar duda sobre exactamente en qué lugar se encuentra lo hipotético<sup>933</sup>. Sobre esta situación considera *Martínez Escamilla* que las escasas referencias al mal sufrido por los autores del tráfico nunca son equivalentes a los esfuerzos descriptivos del Tribunal a la hora de reconstruir los males causados con el tráfico de drogas, “sobre todo, llama la atención que tal descripción no se vea acompañada por la descripción del otro extremo a comparar: la pobreza. Nada dice el Tribunal Supremo de los múltiples e indiscutibles efectos criminógenos, sociales, psicológicos, físicos, etc., de la pobreza”<sup>934</sup>.

El reproche mayor que cabe hacer al Tribunal frente a este requisito es que no profundiza en la consideración del valor concreto de los bienes en juego. Si la determinación del valor concreto de los bienes en juego es el punto de partida de todo el análisis de ponderación,

---

<sup>931</sup> STS 4028/2011, de 27 de mayo de 2011.

<sup>932</sup> STS 348/1999, de 26 de enero de 1999.

<sup>933</sup> Por supuesto que de llegar a concretarse, tampoco tendrían ningún rendimiento procesal. Una argumentación recurrente sobre el particular puede encontrarse en STS 5996/1998, de 19 de octubre de 1998., “A la vista de lo expuesto, fácil es rechazar la alegación del estado de necesidad, porque no existe prueba creíble y porque sustancialmente sería difícil superponer un valor personal a lo que es un valor general que también personalmente afectaría a la generalidad de la ciudadanía”.

<sup>934</sup> *Martínez Escamilla*, (2004), p. 724, cfr, también, *Bermejo*, quien sostiene que para el análisis del mal como coste esperado “La eficiencia de una conducta depende no solo de los valores abstractos de los bienes en juego y de su afectación concreta, sino que, tal como se vino diciendo, juega un rol preponderante la tasa de peligro (posibilidad de producción del daño) que se cierne sobre los bienes (...). Los beneficios esperados de una acción, así como sus costes solo pueden medirse considerando el peligro de lesión existente”, (2005, p. 950).

resulta entonces explicable que en ninguna de las sentencias analizadas el Tribunal haya considerado proporcionada la acción salvadora del agente para evitar los daños derivados de su situación de necesidad. En razón de la importancia abstracta asignada al bien jurídico de la salud pública, podría entonces sostenerse que en relación con el delito de tráfico de drogas se produce una virtual derogación del instituto del estado de necesidad consecuencia de una errónea ponderación de dos magnitudes distintas: la disminución de un peligro que se deriva directamente de la acción del sujeto agente y la creación de un peligro que no se deriva de la acción de dicho agente sino de la acción de innumerables acciones de múltiples traficantes de drogas (el daño a la salud pública)<sup>935</sup>.

La importancia asignada al bien jurídico de la salud pública como referencia inexcusable de protección jurídico-penal, ha hecho que el reconocimiento de cualquier excusa absoluta se desplace hacia figuras dogmáticas ajenas a la metodología de la ponderación. Algunas figuras del CP que han servido como cauce para reconocer la circunstancia de la extrema necesidad han sido el trastorno mental (art. 20.1), el miedo insuperable (art. 20.6), la atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante (art. 20.3) o la atenuante analógica (art. 20.6). Debido a que en estas figuras no se siente de manera tan directa el peso del bien jurídico de la salud pública el Tribunal ha sido más condescendiente a la hora de reconocer su incidencia sobre la pena.

## **II. Sobre el requisito de la subsidiariedad**

Conforme a la doctrina establecida por el Tribunal Supremo, para apreciar la existencia de la eximente de estado de necesidad además de la existencia de un mal real, grave e inminente es necesario “2º) La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infringir un mal al bien jurídico ajeno -- SSTS de 19 de Octubre de 1998 ; 26 de Enero y 6 de Julio de 1999 y 24 de Enero de 2000”<sup>936</sup>.

Como se mostrará a continuación, el requisito de la subsidiariedad ha jugado un papel fundamental en la restricción de la eximente, de tal modo que podemos decir que es la exigencia que elimina en último término toda posibilidad de aplicación de la eximente

---

<sup>935</sup> Bermejo, (2005), 960-961.

<sup>936</sup> STS 2209/2012, de 29 de marzo de 2012.

completa de estado de necesidad. Aunque en un principio la jurisprudencia acoja otras vías, será el camino que finalmente siga para evitar lo que se considera el abuso de la alegación de la eximente.

### **1. La subsidiariedad en la doctrina especializada.**

De tal manera, al paso que el TS propicia la construcción de situaciones manifiestamente injustas, tampoco parecería hacer corresponder su doctrina con lo que ha sido el parecer de la literatura científica sobre el requisito. Desde los autores clásicos hasta los modernos. Así, por ejemplo, ya *Pacheco*, *Groizard* y *Silvela* se habían pronunciado en los siguientes términos:

“ (...) serán, pues, cuestiones difíciles éstas (...). Los tribunales tendrán que pesar muy prudencialmente todas las circunstancias que hubieran concurrido al hecho, para decidir sobre su responsabilidad (...). Por fortuna, el debate no se entablará en ningún caso entre la inculpabilidad y la culpabilidad absolutas: declarando el artículo siguiente que hay circunstancias de atenuación siempre que no concurren ó no aparecen íntegras las que son aquí de justificación completa, restringe sin duda la esfera de tales cuestiones, y hace menos peligrosa la solución que es necesario darles. Sin aquel correctivo, ese peligro sería mucho mayor, y la arbitrariedad de los jueces verdaderamente inmensa” (*Pacheco*, 1867:163).

“Á la justicia basta para pronunciar su fallo absolutorio que el medio empleado sea natural, oportuno, adecuado, prudente, beneficioso, bueno; no necesita que sea el único, el menos perjudicial, el mejor de todos. Dificultar hasta ese punto la exención, es casi hacer imposible el auxilio. El ejercicio de la virtud no consiente monopolio (...)” (*Groizard*, 1870:242).

“La palabra racional indica todo esto, é impone a los Tribunales la obligación de no ser demasiado severos al juzgar materias tan delicadas (...) que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo, lo que vale tanto como decir que no exista, en la esfera de la posibilidad, más remedio que sucumbir al mal que amenaza ó destruir los bienes de otro (...)” (*Silvela*, 1879: 192-194).

Es de destacar que los autores citados, así como los que se van a citar de modo inmediato, podrían estar diciendo que, a pesar de tener carácter esencial, el requisito de la subsidiariedad debe ser graduable, es decir, que se debe consultar si en el caso concreto existía un medio alternativo posible, y cuál era el grado de accesibilidad del agente al mismo. Como ya se ha

anticipado, este ha sido también el criterio de la doctrina penal moderna. A modo de ilustración:

“Tal requisito no debe ser entendido en términos de virtualidad absoluta, pues si así lo fuera, en ningún caso cabría estimar la eximente, ya que en términos abstractos siempre podría haberse recurrido a otros medios para conseguir la subsistencia del bien. La indicada cualidad debe ser estimada en un sentido de concreción definido por la idea de exigibilidad”<sup>937</sup>;

“no debe incurrirse en el error de estimar ausente la indicada característica por el solo hecho de serle posible al autor, en términos abstractos, acudir a medios menos perjudiciales, o incluso legítimos, para eludir el amenazante mal. Si concretamente no cabía exigir al agente la adopción de estas últimas medidas, concurrirá la referida cualidad”<sup>938</sup>;

“La existencia de “procedimientos formalizados” de cobertura de los riesgos no comportan siempre la exclusión de situaciones de estado de necesidad. Solo se afirma que de existir éstos, y de hallarse a la disposición del sujeto necesitado, entonces otras acciones de salvaguarda jurídico-penalmente relevantes poseerán las condiciones de subsidiarias”<sup>939</sup>;

En fin, los problemas del tratamiento de la subsidiariedad en la doctrina del TS pasan fundamentalmente por formular las exigencias implicadas en el requisito de una manera abstracta y tópica, con lo que naturalmente será muy difícil encontrar un supuesto digno de la eximente completa de estado de necesidad.

## **2. El requisito de la subsidiariedad en el Tribunal Supremo**

De ello, y de la rigidez del TS, es un ejemplo cierto la jurisprudencia que hemos estudiado, muy gráficamente la STS 3 de octubre de 2000, donde el TS en principio dio por acreditados todos los requisitos del art. 20.5 CP, esto es, “a) el mal, ya que al hijo de la acusada le amenazaba un mal grave e inminente para la vida o por lo menos para la salud; b) la subsidiariedad, ya que para evitar el mal era necesario llevar a efecto la acción delictiva de tráfico de drogas, para conseguir el dinero para pagar la intervención quirúrgica; c) el mal que se trataba de evitar, salvar la vida o la salud de una persona, podía considerarse de nivel equiparable al mal consiguiente al delito de tráfico de drogas; d) la situación de necesidad no

---

<sup>937</sup> Córdoba, (1972), p. 279.

<sup>938</sup> Córdoba, (1972), p. 281.

<sup>939</sup> Baldó, (1994), p.138.

fue provocada por la acusada, y e) ésta no tenía obligación de sacrificarse por razón de su cargo u oficio”.

Para después, a renglón seguido decir que si bien había necesidad de cometer el delito por falta de otros medios al alcance de la acusada, no se acreditó “de forma total” el agotamiento de todos los medios precisos para remediar el mal antes de entrar en la actuación delictiva. El asunto tiende a agravarse si se repara en que la carencia de una consideración concreta sobre los medios al alcance de la persona y su discusión por el TS expresa un alto déficit en materia de motivación y argumentación de la sentencia, cuestiones vitales para el control de las decisiones judiciales.

Como también se agrava, en una profundización de las condiciones que contribuyen a la aplicación terminantemente restrictiva de la eximente, por la idea que tiene el TS sobre la carga de la prueba, en orden a lo cual con frecuencia aduce el no reconocimiento de la eximente porque el acusado no probó todos los presupuestos de la misma. Sobre éste asunto y sobre el anterior, reflexionaremos en la última parte de esta evaluación crítica.

También es usual encontrarse con que para negarle un sitio a la eximente el Tribunal extrema las condiciones exigidas por la eximente del 20.5 del CP. Como si no fuera ya de por sí difícil probar la concurrencia de la situación de pobreza y marginalidad, el Tribunal pasa ahora a exigir la comprobación de unas condiciones heroicas que rayan en el límite de la propia supervivencia humana. La comprensión del Tribunal supone que “antes de decidirse por la drástica solución lesiva del bien ajeno”<sup>940</sup>, el agente debió haber puesto en práctica “cuanto humanamente aparezca como exigible para salvar y preservar el bien propio en peligro”<sup>941</sup>.

Esto es, parece ser que solo aquellas condiciones que suponen el sacrificio de la vida o su entrada en una condición de absoluta indignidad podrían llegar a ser valoradas por el Tribunal como contrapeso legítimo del bien jurídico de la salud pública, cuando precisamente se habilita la afectación a otro bien jurídico para evitar caer en estas extremísimas

---

<sup>940</sup> STS 2069/1998, de 27 de marzo de 1998.

<sup>941</sup> STS 2069/1998, de 27 de marzo de 1998. A ello ya se había referido *Perrón* cuando en un trabajo publicado en 1988 sobre la justificación y la exclusión de la culpabilidad en el derecho comparado, sostuvo que la jurisprudencia (española) fija muy alto los presupuestos de la exención (1988, p.151).

condiciones<sup>942</sup>. Si adicionalmente el discurso de las eximentes plantea una cuestión de respeto y protección de los derechos de las personas frente a injustas estructuras de dominación en general y frente al poder punitivo estatal en particular, como una inequívoca cuestión de justicia<sup>943</sup>, la cual reclama el reconocimiento de una causa de exención como ejercicio en el respeto por los derechos de los ciudadanos, en vista de la práctica negativa a conceder la eximente no podría más que concluirse la total exclusión de los extranjeros autores del 368 del CP de la categoría de sujetos de derecho.

El TS tiene una visión de carácter ideal, que no acostumbra a consultar cuáles medios podían estar al alcance de la persona o en qué medida le era concretamente exigible una vía alternativa a la acción salvadora, sino que se limita a una exigencia en abstracto, lo que supone por principio una restricción excesiva del ámbito de aplicación de la eximente, pues siempre es posible afirmar en abstracto la existencia de un medio alternativo.

Además, con la exigencia del agotamiento de otras vías legítimas<sup>944</sup>, como condición para conceder la eximente el Tribunal muestra un profundo desconocimiento de las condiciones sociales y económicas que enfrentan los procesados en sus países de origen. No deja de ser una referencia groseramente cínica que el Tribunal reproche a los procesados que no hayan acudido a las instancias del estado de bienestar a autores provenientes de países como Colombia o Senegal, donde “las fórmulas del estado social de derecho son pura retórica constitucional”<sup>945</sup>.

---

<sup>942</sup> También sobre ello se ha pronunciado *Martínez Escamilla*: “Por otra parte, si bien es cierto que la concurrencia de una causa de justificación debe ser probada por quien la alega, no puede bastar para considerar que no ha sido acreditada el reproche genérico, como a veces alega el Tribunal Supremo, de que el procesado no ha probado haber agotado todos los medios existentes para paliar su situación, pues la mayoría de las veces esos medios serán, simplemente, inexistentes. Como ya afirmaba Rodríguez Devesa en 1963 el especular con esa posibilidad para negar el conflicto de intereses, equivale a tanto como a valorar la prueba en caso de duda en contra del reo, lo cual es inadmisibile. No debe, pues, bastar para desestimar un estado de necesidad la apelación genérica a otros medios, sino que debe haber constancia de que esos medios son reales y eficaces y que estaban al alcance del procesado” (2004), p. 710.

<sup>943</sup> *Varona*, (2000), p. 43

<sup>944</sup> Por todas, STS 8511/1999, de 28 de diciembre de 1999: “(...) la necesidad de lesionar otro bien jurídico para librarse del que sobre el autor pesa tampoco puede ser apreciada en el supuesto enjuiciado pues es lógico afirmar que el encausado debió agotar otras vías a su alcance antes de trasgredir cualquier tipo de legalidad. En este sentido también es constante la jurisprudencia que nos enseña, a través de una amplia casuística, que normalmente se debe acudir a un trabajo remunerado o, en cualquier caso, a entidades públicas o privadas que en cualquier país existen por deficiente que sea su nivel de vida”

<sup>945</sup> *Martínez Escamilla*, 2004., pp, 711ss.

Adicionalmente, y de manera bastante contradictoria, sobre todo porque supondría la posibilidad de su reconocimiento, también es común encontrar que para negar la procedencia de la eximente completa se exige la máxima concreción en la descripción de la situación de agobiante necesidad. A las dificultades ya reseñadas se agrega la exigencia de la estricta reconstrucción del escenario en el cual se produce la situación de necesidad<sup>946</sup>. Evidenciadas las importantes restricciones de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva de la población extranjera que se enfrenta a un juicio por tráfico de drogas, la exigencia de una pormenorizada reconstrucción del escenario fáctico supone una prueba imposible de cumplir para muchos de los condenados por este delito. Lo más particular de todo es que debido a la estructura típica de delito de peligro abstracto del tráfico de drogas, la concreción o reconstrucción del daño causado con la conducta nunca ha sido una exigencia impuesta al órgano acusador. Se trata de una evidente desigualdad probatoria entre las partes en delitos contra la salud pública.

En este mismo orden de ideas, para negar la procedencia del estado de necesidad es recurrente el recurso a una especie de prueba imposible, donde se le exige al procesado que acredite el agotamiento de todas las vías legales posibles para salir de su estado de necesidad<sup>947</sup>, como condición del reconocimiento de la justificante, sin importar que previamente se haya negado la improcedencia de la justificante en delitos contra la salud pública; esto es, en delitos contra la salud pública se presume uno de los elementos constitutivos del delito, pues si el procesado llegara a superar esta prueba diabólica tampoco así sería procedente el reconocimiento de la justificante.

---

<sup>946</sup> “la máxima concreción en la descripción de la situación de dependencia acuciante y grave de un mal propio o ajeno, cosa que no se da en el relato histórico de la sentencia donde nada se dice, mencionándose luego, con valor fáctico en el fundamento jurídico tercero la referencia a una supuesta enfermedad de la hija de la acusada sobre cuya realidad son más ilustrativos que cualquier otra consideración las conclusiones valorativas de la resolución de instancia” (Sentencia 6329/1998, de 30 de Octubre de 1998, Ponente: D. Roberto Garcia-Calvo Montiel)

<sup>947</sup> “En todo caso, y siempre en el contexto de la infracción de ley que se alega, no cabe admitir ningún "error iuris", pues aunque a efectos puramente dialécticos se admitiera el hecho objetivo de una situación de necesidad, provocada por la exigencia de saldar una deuda de 4.000 euros bajo amenazas graves, ni se acredita que el acusado hubiera agotado otros modos legales de resolver la situación, ni, en todo caso, puede olvidarse la doctrina de esta Sala invocada en la sentencia recurrida que ha sido desde siempre contraria a admitir la eximente de estado de necesidad de tipo económico al tráfico de drogas, pues tal conducta entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente comisario por muy agobiante que sea aquél”, STS 5125/2010, de 29 de septiembre de 2010.

Es indudable que detrás de esta doctrina contradictoria, que supone la confluencia de comprensiones antagónicas para negar el estado de necesidad, como es por una parte exigir la demostración del agotamiento de todas las vías lícitas disponibles –como si pudiera llegar a reconocerse-, y por otra relieves la importancia del bien jurídico de la salud pública para negar de plano la procedencia de la misma, se esconde un uso instrumental del discurso dogmático, que queda convertido en un simple artilugio retórico sin la posibilidad de cumplir su función de racionalización del poder punitivo. Ello, por supuesto, sin considerar aún los efectos de esta clase de ejercicios sobre la función judicial en su conjunto, pues si una sentencia judicial se distingue de un acto de poder solamente porque el juez debe fundamentar su decisión con criterios lógicos y jurídicos aceptados por un público lo más amplio posible<sup>948</sup>, ante estas decisiones nos encontramos frente a simples actos de poder dirigidos a congraciarse con los promotores de la cruzada prohibicionista.

No de otra forma tampoco se entendería que se haya construido una doctrina según la cual la omisión de valoración de una evidencia probatoria susceptible de demostrar los extremos de la eximente no constituya violación al debido proceso<sup>949</sup>, o que la falta de motivación del juez que niega la eximente no resulte afectando al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y a los principios de legalidad, seguridad jurídica y proscripción de toda arbitrariedad<sup>950</sup>. Si por muchos esfuerzos probatorios que se realice, no será posible demostrar la procedencia de

---

<sup>948</sup> Sobre ello, por todos, puede verse *Puppe*, 2013.

<sup>949</sup> como se argumentó en STS 3928/2009, de 5 de junio de 2009 y en STS 4948/2008, de 30 de septiembre de 2008, donde aunque se reconoce que “El Tribunal decidió acerca de la prueba propuesta para denegarla sin motivación alguna. Se trata sin duda de una inadecuada forma de proceder, pues tratándose de una resolución que afecta negativamente a un derecho fundamental del acusado, el derecho a servirse de los medios de prueba pertinentes, debió venir acompañada de una motivación suficiente, en la que quedaran expresas las razones del Tribunal para su denegación”, el Tribunal se niega a reconocer la existencia de una violación del debido proceso, pues, “No obstante, este aspecto es insuficiente para determinar la estimación del recurso, y consecuentemente, la nulidad del juicio y de la sentencia, pues para ello es preciso establecer si la denegación de la prueba, además de carecer de fundamentación, ha vulnerado el referido derecho fundamental del recurrente, es decir, si se trata de una prueba pertinente, necesaria y posible, siempre que de la causa resulten los datos necesarios para ello”.

<sup>950</sup> Como se ha mantenido en STS 3008/2009, de 30 de abril de 2009 : “Por lo que se refiere a la motivación de la decisión judicial sobre la cuestión aquí planteada, es decir, sobre la solicitada apreciación de la concurrencia del estado de necesidad en la conducta del acusado, hemos de tener en cuenta que, como ha declarado el Tribunal Constitucional, la obligación de motivar las sentencias no comporta necesariamente que el Juez o Tribunal deba efectuar una exhaustiva descripción del proceso intelectual que le lleva a resolver en un determinado sentido, por cuanto basta que se permita "conocer el motivo decisorio, excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada", pues no puede exigirse al juzgador una puntual respuesta a todas las alegaciones y argumentaciones jurídicas que las partes puedan efectuar (v., por todas, SS TC 13/1987 y 25/1990 ).”

la eximente, el derecho a probar y la motivación judicial se muestran en toda su desnudez ideológica<sup>951</sup>.

## **B. La eximente incompleta**

El carácter restrictivo de la jurisprudencia del TS en la consideración de la eximente, completa e incompleta, de estado de necesidad, radicalmente expresado en los supuestos de tráfico de drogas e incumplimiento del servicio militar (o de la prestación social sustitutoria), según hemos dicho, probablemente por razones preventivo-generales, se extiende hasta la atenuante analógica del 21.6ª en relación con la eximente incompleta del 21.1ª CP. Uno de los puntos más discutibles en la doctrina del Tribunal Supremo analizada, es su negativa a concederle un espacio a la eximente incompleta de estado de necesidad. De acuerdo con el artículo 21.1 del Código Penal, la falta de uno de los requisitos de la eximente completa puede dar lugar a su reconocimiento incompleto. No obstante, aquí también la referencia al bien jurídico de la salud pública, ha operado como un impedimento insuperable a la hora de reconocerle un sitio a la eximente parcial de responsabilidad<sup>952</sup>.

Lo más escandaloso de la doctrina del Tribunal consiste en que mientras niega cualquier posibilidad de reconocimiento de la eximente completa o incompleta, en ambos casos teoriza acerca de los requisitos que deben ser cumplidos para su reconocimiento. Por ejemplo, las condiciones que en todo caso deben ser cumplidas para apreciar la eximente incompleta son: 1º) La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo -- SSTS de 24 de Noviembre de 1997; 1 de Octubre de 1999 y 24 de Enero de 2000 --. 2º) La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad

---

<sup>951</sup> Como bien se sabe, la motivación de las resoluciones judiciales es un mandato constitucional impuesto por el art. 120. 3 de la Constitución española que se integra a su vez en el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el art. 24.1 del mismo texto (vid. SSTC 28 de enero de 1991 (RTC 1991/14), 27 de enero de 1994 (RTC 1994/28) y 16 de abril de 1996 (RTC 1996/66), de cuya ausencia se puede decir que da lugar a la sanción de nulidad de la sentencia.

<sup>952</sup> «La jurisprudencia de esta Sala [...] ha mantenido una línea constante en materia de narcotráfico, sobre todo en el tráfico de las llamadas drogas duras, como por excelencia lo es la cocaína, en el sentido de rechazar la eximente completa o incompleta por entender que este delito constituye actualmente uno de los más graves males sociales por las gravísimas consecuencias –calificada en alguna sentencia de catastróficas– con un amplio espectro negativo en las personas afectadas y en sus familias y que representan, por decirlo con palabras de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, suscrita por España, “una grave amenaza para la salud y bienestar de los seres humanos libres y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad”» (STS 111/2003, de 3 de febrero de 2003).

recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infringir un mal al bien jurídico ajeno<sup>953</sup>.

Como se verá en la doctrina referenciada a continuación, no basta con un poco de esfuerzo probatorio y argumental para obtener el reconocimiento de la eximente. Del total de situaciones analizadas apenas en tres casos (vid. SSTS 21 de marzo de 1998, 14 de mayo de 1998 y 30 de abril de 2002) aplica el TS la atenuante analógica de eximente incompleta de estado de necesidad. Esta aplicación restrictiva se debe al hecho de que muchas de las situaciones en las que el TS niega la atenuante se corresponden con los hechos propios de aquellos supuestos donde si aplicó la atenuante y con el fundamento que parecería asignarle a la misma.

En los tres casos en que el TS aplica la atenuante analógica de eximente incompleta de estado de necesidad, su argumento es que no se puede negar que existe una situación concreta que agobia a la persona y que la exigibilidad de una conducta distinta a la realizada por la persona no puede serlo con la misma y máxima energía que si esa situación no hubiera existido<sup>954</sup>. Y la solución, a reserva de que no existen las condiciones propias de la eximente, completa o incompleta, no puede ser sino la atenuante analógica. Naturalmente, porque a modo de ejemplo, el derecho penal no podría considerar con la misma dimensión a una persona que trafica con drogas bajo los apremios de una imperante necesidad económica que a quien realiza la misma conducta sin tales apremios.

Por lo demás, la doctrina del TS es contradictoria, ya que cuando trata de proponer el ámbito de aplicación de la atenuante analógica carece de una doctrina consolidada, lo que podría repercutir en su poca aplicación. En primer lugar, en dos sentencias (SSTS 7 de enero de 1998 y 21 de junio de 1999) considera que la atenuante analógica debe contener los requisitos básicos del modelo, es decir, la imprescindible existencia de una situación de angustiosa puesta en peligro de un bien jurídico, junto con el requisito de la subsidiariedad, criterio que deja vacío de contenido a la atenuante. En segundo lugar, en las sentencias 9 de abril de 1999,

---

<sup>953</sup> STS 2209/2012, de 29 de marzo de 2012.

<sup>954</sup> Idea que parecería estar cercana de la propuesta de *Silva* (1999),157, quien no le concede ninguna relevancia para el estado de necesidad a las situaciones en las que el bien que se salvaguarda es de menor valor que el bien lesionado. Aunque sí considera una “amplia atenuación de la responsabilidad” habida cuenta la situación motivacional “especial” de la persona.

30 de octubre de 2000 y 30 de abril de 2002 dice, a nuestro parecer correctamente, que la analogía no debe centrarse en una similitud con la estructura de las atenuantes reconocidas, pues así se reduciría sensiblemente su aplicación. Es decir, el TS parecería proponer teóricamente la tesis de la análoga significación, la cual, según la doctrina<sup>955</sup>, no exige el parecido externo de las circunstancias, sino solo la equivalencia de su *significado*.

Debe observarse que, además de la contradicción señalada, que dificulta y crea inseguridad en la aplicación de la eximente, es verdad que la primera posición, la que exige para la atenuante los mismos requisitos de la eximente, y que por ello mismo la deja sin ningún ámbito de aplicación, olvida la lógica inherente a la analogía, a saber, que con ella se extiende a un caso no abarcado expresamente por la letra de la ley los principios que inspiran a ésta, por el argumento lógico jurídico de que no hay razón para tratar distintamente casos que encierran la misma gravedad por ser de análoga significación, y que lejos de permitir la desigualdad de tratamiento, la analogía persigue la realización de la igualdad cuando la letra de la ley lo imposibilitaría<sup>956</sup>.

## **I. Algunos apuntes sobre la atenuante por drogadicción**

Pero no solo sobre el estado de necesidad ha pesado la fuerza ideológica del bien jurídico de la salud pública. Aunque la vía de la atenuante por drogadicción ha sido el camino preferido para reconocerle efectos atenuatorios a la situación personal del autor del delito del 368 del CP<sup>957</sup>, en aquellas circunstancias en que ha sido reconocida<sup>958</sup>, no ha tenido suficiente

---

<sup>955</sup> *Mir Puig*, (2002), p. 607

<sup>956</sup> *Mir Puig*, (1976), p. 318.

<sup>957</sup> Para delincuentes que, en estados carenciales o de síndrome de abstinencia, llevan a cabo hechos delictivos, motivados por la imperiosa necesidad de proveerse de droga, el Tribunal Supremo ha reconocido tres formas de eximente: “a) La aplicación de la eximente incompleta del art. 9.1 del ya derogado CP, en relación con el art. 8.1, bien como enajenación mental, bien como trastorno mental transitorio; b) La aplicación de la atenuante analógica del art. 9.10, en relación con la eximente incompleta del art. 9.1, en relación a su vez con el art. 8.1, estimando tal atenuante como muy calificada; c) Finalmente, la tercera vía, ha sido la aplicación de la Atenuante Analógica precitada, si bien como Atenuante simple”, por su parte, el nuevo CP, “aborda el problema de la incidencia de la incidencia de la drogadicción en la responsabilidad penal en los arts. 20.2, como circunstancia eximente de la responsabilidad, 21.2 como circunstancia atenuante, y a nuestro entender, seguirá jugando su papel la eximente incompleta, regulada ahora en el art. 21.1 y la atenuante muy calificada del art. 66.4 del nuevo CP”. *Martínez Ruíz*. (1997), ps. 1300 ss.

<sup>958</sup> Por todas, puede leerse STS 4868/2011, de 6 de julio de 2011 “(...) en contra de lo que se alega, la sala sí tuvo por acreditada esa difícil situación económica en el FJ segundo, y la valoró en un doble sentido: no estimó, acertadamente, que ello pudiera integrar la circunstancia de estado de necesidad, pero sí que en la

operatividad, pues debido al sistema de dosificación e imposición de penas, la presencia de la atenuante pierde cualquier posibilidad de afectar la sanción cuando esta se ha impuesto en el monto mínimo. Esta falta de operatividad ha funcionado como un agravante del argumento de la impunidad<sup>959</sup>, que ha operado como un factor disuasivo para impedir el reconocimiento sobre la pena de la situación de marginalidad causada por la pobreza o la adicción<sup>960</sup>, arguyendo para ello lo peligroso que podría llegar a ser la generalización de un tratamiento privilegiado para las conductas de tráfico de drogas.

El reconocimiento de la atenuante por drogadicción también se ha visto limitado por la exigencia de requisitos imposibles de cumplir a la hora de valorar la procedencia o no de la atenuante. Para el reconocimiento de la atenuante el Tribunal ha venido a exigir la acreditación científica del estado de disminución de las facultades del condenado causadas por los efectos de la droga, reeditando así la doctrina que exige la demostración por parte del procesado de los extremos que constituyen las eximentes de responsabilidad. Como si las excusas absolutorias no vinieran garantizadas por la vigencia de la presunción de inocencia y la respectiva obligación de probar en cabeza del ente acusador<sup>961</sup>, el Tribunal resuelve en contra del procesado cualquier situación de duda.

Otro mecanismo usual para evitar las consecuencias que se derivan de la vigencia de la presunción de inocencia ha sido la exigencia de especiales medios probatorios para informar la existencia de la atenuante de drogadicción. En sentencia del 29 de noviembre de 1999, el Tribunal sostuvo que “es exigencia insoslayable para acoger un motivo que denuncie error

---

individualización de la pena tuvo esa circunstancia fáctica en consideración para imponer la pena en el mínimo posible”

<sup>959</sup> “Es asimismo doctrina reiterada de esa Sala (SSTS 508/2007 ; 672/2007; 23-7-2008 , nº 524/2008), que el consumo de sustancias estupefacientes, aunque sea habitual, no permite por sí solo la aplicación de una atenuación, no se puede pues solicitar la modificación de la responsabilidad criminal por el simple hábito de consumo de drogas, ni basta con ser drogadicto en una u otra escala, de uno u otro orden, para pretender la aplicación de circunstancias atenuantes, porque la exclusión total o parcial o la simple atenuación de estos toxicómanos ha de resolverse en función de la imputabilidad, o sea de la evidencia de la influencia de la droga en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto. En consecuencia, los supuestos de adicción a las drogas que puedan ser calificados como menos graves o leves no constituyen atenuación ya que la adicción grave es el supuesto límite para la atenuación de la pena por la dependencia de drogas”, STS 4907/2011, de 27 de junio de 2011.

<sup>960</sup> “En cualquier caso, habiéndose impuesto la pena en su límite mínimo, la apreciación de tal circunstancia por vía de la analogía, tal y como solicita el recurrente, sería irrelevante a efectos penológicos. El motivo carece de todo fundamento y debe ser desestimado” STS 4927/2011, de 30 de junio de 2011.

<sup>961</sup> STS 8511/1999, de 28 de diciembre de 1999.

fáctico que su existencia se acredite precisamente mediante el contenido de prueba inequívocamente documental obrante en autos”<sup>962</sup>, negándole cualquier valor demostrativo a las manifestaciones del procesado o a cualquier otro medio probatorio diferente de la prueba documental. Por supuesto, no sobra recordar que la acreditación de la toxicomanía en la sentencia es fundamental para conseguir la reducción de la condena y, eventualmente, la sustitución de la medida carcelaria por otra más idónea a las características del toxicómano. A tenor de la legislación española, si la sentencia no recoge expresamente la condición de toxicómano del condenado, no será posible la aplicación directa de la medida de ingreso en programa terapéutico.

## **II. Ni completa ni incompleta: la derogatoria judicial del estado de necesidad**

La posibilidad de reconocer la eximente de estado de necesidad, ya sea completa o incompleta, es entendida como la promoción de una situación de impunidad o semi-impunidad para el estado español, como si la aplicación de las normas jurídico-penales decididas por el congreso español, supusiera una concesión a la impunidad, y peor aún, como si un juicio como este, alejado de cualquier referente constitucional, le estuviera dado hacerlo a la jurisdicción.

En este sentido, puede considerarse que se trata de una derogación jurisprudencial de normas vigentes, por el desuso a que las somete el Tribunal Supremo. Y por lo tanto un problema sobre el reconocimiento por parte de los tribunales de la legalidad vigente. No puede ser que una norma del CP los tribunales la interpreten de forma tal que implique su absoluta inaplicación. Lo que comporta que, en principio, no se trata de un problema específico de interpretación sino de un problema más básico, que tiene que ver con la propia vigencia del ordenamiento jurídico-penal.

Por supuesto, de ser así, resulta apenas evidente que en un sistema de derecho legislado con separación de poderes, la vía adecuada para quitarle cualquier ámbito de operatividad a la eximente de estado de necesidad no es el fuero judicial sino el ámbito legislativo. La derogatoria explícita de la norma en las Cortes Generales evitaría al menos la enorme discrecionalidad que se deja en cabeza de los jueces, y sobre todo, la hipocresía de un estado

---

<sup>962</sup> Para el tribunal esta interpretación viene avalada por el numeral 2 del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

que consagra una norma penal pero renuncia a ella por afanes punitivistas, además de altamente discriminatorios y selectivos.

Sin embargo, no conviene finalizar este trabajo poniendo en evidencia esta forma de aplicación del derecho y la consecuente derogación por vía jurisprudencial de la eximente de estado de necesidad en los casos relacionados con las drogas, sin hacer siquiera una somera mención a elementos que permiten dar un giro frente a los postulados utilizados hasta el momento por los tribunales.

Hoy en día, las principales razones que han llevado a los tribunales españoles a esta derogación en la práctica de la eximente de estado de necesidad, que han sido expuestas anteriormente: - demonización de la drogas y exacerbación de la respuesta penal, hipervaloración del bien jurídico salud pública como bien jurídico que está por encima de cualquier otro; desprecio de los bienes jurídicos afectados o en riesgo con las situaciones de pobreza; y la razón puramente instrumental de “no abrir la puerta”, aplicando el estado de necesidad, para evitar una invasión de correos de la droga -, tienen contextos o matices que llevan o permiten su replanteamiento.

Como acertadamente manifiesta Perfecto Andrés Ibáñez (STS 459/2001, de 24 enero de 2001, voto particular) "cada época tiene sus propios demonios y, también, su forma de combatirlos. Y qué duda cabe de que la droga es, seguramente, el más emblemático de la nuestra. El sistema punitivo es un instrumento de uso (y de abuso) recurrente en esta suerte de lucha, y, en concreto, el segmento destinado específicamente a la represión del narcotráfico se caracteriza por su extremada incisividad y beligerancia; lamentablemente dirigidas no sólo contra ese fenómeno -global por excelencia- sino, también y de hecho, contra algunos rasgos estructurales y valores garantistas del propio orden punitivo liberal-democrático. Hasta el punto de que en la materia es lícito hablar de todo un código penal paralelo y de emergencia. Esto, sin contar con que, al fin, el mercado ilegal en el que se trataría de incidir con semejante arsenal de medidas y un esfuerzo policial sin precedentes, no parece resultar muy sostenible. Mientras que, por desgracia, no puede decirse lo mismo de la calidad del derecho y su práctica".

En primer lugar, parece haberle llegado su hora a esta demonización de la droga y su consecuente incisiva y beligerante represión. Y es que la evolución jurisprudencial y más recientemente legal, nos permiten ver cambios con respecto de esa exacerbación de las normas penales. Como acertadamente advirtiese la profesora Maqueda Abreu<sup>963</sup>, “la toma en consideración de “nefastas” exigencias de prevención general positiva en la calificación del hecho y la imposición de la pena” ha llevado a un sector del Tribunal Supremo, sensible con la gravedad punitiva de nuestro código penal, a dejar fuera de la respuesta penal a un grupo de comportamientos que consideraban no podían tener semejante respuesta punitiva. De esa forma, la autora sistematizaba los casos y los requisitos que la jurisprudencia del TS venía estableciendo para determinados comportamientos, como el consumo compartido, la donación de pequeñas cantidades de droga a drogodependientes o la compra-venta de pequeñas cantidades que no contienen un mínimo de sustancia psicoactiva, que se veían relegados de la respuesta penal. Se origina, de esta forma, un cierto movimiento de un sector jurisprudencial, que reclamaba acabar con la demonización de la drogas y reconducir las valoraciones para ajustar/atemperar la respuesta penal a los postulados propios de un derecho penal comprometido con las garantías, como la proporcionalidad. Esta corriente que de alguna forma desdramatiza y reconduce las valoraciones referidas a la lesión del bien jurídico protegido en este delito, ha comportado recientemente modificaciones legales (reforma del Código Penal de 2010) que permiten una mayor moderación y ponderación de la respuesta penal en aquellos casos que se consideren de menor entidad y por lo tanto, una respuesta más proporcional.

En segundo lugar, también parece estar llegándole su hora al postulado según el cual el mal causado por el “demonio de droga” que destruye al individuo, su familia y la sociedad entera, no es en ningún caso equiparable o ponderable con ningún otro bien jurídico que se vea en riesgo o dañada por la penuria económica (STS 2436/1996, de 26 de marzo de 1996). Esta mera ponderación de bienes jurídicos que conduce a afirmar, con carácter absoluto, la primacía de la salud pública frente a cualquier otro viene siendo modificada, por un lado, por aquellos postulados doctrinales y jurisprudenciales que consideran que el ejercicio de ponderación a realizar en el estado de necesidad es más complejo. Por un lado, porque cuando se analizan males (como en el caso del estado de necesidad), deben primarse los males sobre

---

<sup>963</sup> *Maqueda Abreu*, 1998, p 1555.

los bienes jurídicos individuales, más próximos y concretos, que los males referidos a bienes jurídicos abstractos y extraños.<sup>964</sup> Por otro lado, como afirma Padilla Alba “en el estado de necesidad no se trata, como ahora veremos, de una simple ponderación de bienes en donde la integridad personal sea considerada más valiosa que la propiedad, sino de una ponderación de males en la que se deberá tener en cuenta, efectivamente, el valor de los bienes en conflicto, pero también la intensidad del ataque (lesión o puesto en peligro), la gravedad de la lesión o del peligro, etc.”<sup>965</sup>. Y finalmente, como se ha señalado, se han desarrollado mecanismos de prevención con un marcado índice de eficacia, superior a la prevención punitiva. Nos referimos a la evolución de las llamadas políticas y prácticas de reducción de riesgos. Bajo estos postulados, de reducción del riesgo, ha quedado evidenciado que una parte muy importante del drama que incorporamos en la valoración del mal producido por las drogas deriva precisamente de la forma en la que tratamos el problema. Si la problemática de las drogas se gestiona exclusivamente o principalmente a través del modelo represivo penal guiado por la demonización de droga, entonces cometemos el error de incorporar dentro del mal causado por “la droga” males que derivan de esa forma de gestión. Un ejemplo claro lo encontramos en el daño producido por el consumo clandestino de la heroína intravenosa, compartiendo jeringuillas; que generó tantas muertes en España a finales del siglo pasado. Sin embargo, como se ha constatado las políticas y prácticas de reducción de riesgos nos enseñan un panorama valorativo diferente, al transformarlo en un problema fundamentalmente de salud, desprendiéndose de muchos elementos que le son ajenos. El mal producido por el abuso problemático de sustancias se convierte, entonces, en un problema relacionado con la salud de las personas que evidentemente debe tomarse en serio, pero que debe ponderarse de forma rigurosa con los otros males que entraña la situación del estado de necesidad.

En tercer lugar, como ya especificase Martínez Escamilla, los males representados en la situación social que denominamos como pobreza o de exclusión social y todo lo que ello comporta, también ha ido saliendo de su desprecio o desvaloración. La realidad del Siglo XXI nos muestra determinadas carencias estructurales y procesos que comportan que determinadas personas se encuentren atrapadas en las redes de la exclusión social y la pobreza. Con esto, no se pretende que se considere que estas personas, en términos generales, tienen o sufren un mal igual o superior al mal relacionado con el abuso de la drogas. Lo que se pretende es que no se

---

<sup>964</sup> *Córdoba Roda*, (1966), p. 187.

<sup>965</sup> *Padilla Alba*, (2001), p 287.

banalicen los males relacionados con la pobreza, como males de carácter económico, sino que se tome en serio su ponderación. Que la jurisprudencia comience a realizar el verdadero ejercicio valorativo, propio de la categoría del estado necesidad, para determinar en qué supuestos y bajo qué circunstancias, puede tener cabida la eximente completa o la incompleta.

Y finalmente, también parece haberle llegado su fin la época al temor a “abrir la puerta” por el hecho de reconocer que en algún caso existe efectivamente un estado de necesidad completo o incompleto. Y es que si analizamos las transformaciones que han comportado las nuevas tecnologías y la globalización, veremos que el mercado ilícito de la droga también ha sufrido cambios muy relevantes y que afectan en una doble dimensión a esta función de portero “no abrir la puerta” que la jurisprudencia española le otorga al Derecho penal. Por un lado, los nuevos controles desarrollados en los aeropuertos y vías de acceso de las personas han comportado que el tráfico de sustancias, a través de “correos” sea marginal y con una baja tasa de éxito. Entre el escáner cada vez más sofisticado, los perros detectores de drogas y los rayos X, la porción del tráfico de drogas que se mueve por esta “puerta” es realmente despreciable frente a las otras vías de tráfico. Y en segundo lugar, la globalización ha comportado un aumento exponencial del movimiento de mercancías, que circulan por todas partes del mundo, y se mueven por todas las vías posibles: aérea, marítima o terrestre. Este enorme flujo de mercancías es la verdadera y más relevante “puerta” de entrada del tráfico de drogas en la actualidad. Lo que en definitiva nos permite afirmar que, la razón político-criminal aducida por el TS para no aplicar la eximente de estado de necesidad: “no abrir la puerta”, ni es real ya que aplicar la eximente en un caso determinado bajo unas condiciones específicas y unas valoraciones concretas, no significa “abrir la puerta” y en todo caso, no significa “dejar la puerta abierta” y en segundo lugar, que es un temor que se refiere claramente al pasado, un pasado en el que el flujo de personas era o podía ser, efectivamente, una forma generalizada de tráfico de drogas; pero que hoy en día con los controles existentes, la han relegado a una forma marginal.

Por todo ello, invitamos a ese sector de la jurisprudencia española que ha ido forzando los cambios hacia un tratamiento más ajustado del derecho penal a continuar por la vía de tomarse en serio las valoraciones y las situaciones en las que cabe plantear la aplicación del estado de necesidad en materia de drogas.

## C. Conclusiones

El grado de reconocimiento del estado de necesidad en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español permite entender no solo un tramo del sistema penal español - aquel relacionado con drogas e inmigrantes-, sino hacer una completa cartografía del sistema penal, sobre todo en tanto el reconocimiento de la justificante como *ultima ratio* ha supuesto una comprensión del derecho penal como *prima ratio*. Siguiendo el estilo de los códigos penales modernos, el CP español vigente, en su art. 20.5, ha traído un capítulo sobre las causas que eximen de responsabilidad criminal. Este artículo describe los elementos básicos cuya presencia habilita la justificante de estado de necesidad: *Primero*, que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; *Segundo*, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; *Tercero*, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Sobre el reconocimiento del estado de necesidad como condición de justificación del comportamiento ha habido pleno acuerdo en la doctrina especializada. La única incertidumbre en torno al estado de necesidad ha sido en torno a la valoración que merecen los casos de estado de necesidad.

También el Tribunal Supremo español ha reconocido la importancia de concederle un espacio a la pregunta por el grado de justificación que pueda tener la conducta enjuiciada en virtud de la existencia de un estado de necesidad. Para el Tribunal los requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir para apreciarla son: 1) La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperiosos, grave e inminente; injusto e ilegítimo (...). 2) La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno. No obstante, en materia de tráfico de drogas, por tratarse del bien jurídico de la salud pública, el Tribunal ha establecido un criterio jurisprudencial muy restrictivo en la aceptación de la justificación completa, o incompleta, en virtud del estado de necesidad. En materia de tráfico de drogas opera un criterio ideológico que le niega cualquier sitio al eximente por necesidad, por considerar insacrificable el bien jurídico de la salud pública. Tratándose del tráfico de drogas, el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo se muestra contrario a la ley, a la doctrina especializada y a la propia doctrina establecida por el Tribunal para el entendimiento del estado de necesidad.

De esta manera la importancia asignada al bien jurídico de la salud pública, desplaza la exigencia de demostrar caso por caso la *necesidad* para configurar la eximente. Un juicio valorativo –abstracto y general- anula la exigencia empírica para el reconocimiento de cualquier forma de atenuación, de tal forma que no hay circunstancia personal que pueda oponerse al valor del bien jurídico de la salud pública. Cualquier bien enfrentado al bien jurídico de la salud pública queda inevitablemente excluido de toda protección legal. Una consideración sobre la jurisprudencia del TS acerca del requisito de la ponderación enseña que se hace única y exclusivamente a partir de la cualidad del bien jurídico lesionado y que acaba concediéndole naturaleza esencial a la salud pública, hasta convertirlo en insaclicable. En este orden de ideas de lo que se trata es de la construcción de una barrera infranqueable al estado de necesidad por medio de la *negación del requisito de la ponderación*.

El ejercicio de adjudicación judicial se revela así como un instrumento para apuntalar la ideología vigente en materia de drogas. Al interior del ejercicio consistente en aplicar normas provenientes de una fuente autorizada, se presenta un desplazamiento que reemplaza al legislador democrático por criterios extranormativos –como la alarma social, la cruzada internacional contra las drogas, la ideología conservadora sostenida por empresarios morales- para negarle toda aplicación a las eximentes de responsabilidad en materia de tráfico de drogas. La supuesta desproporcionalidad que advierte el Tribunal entre bienes en conflicto no es una consecuencia del ejercicio jurídico-constitucional que exige el juicio ponderativo, sino el fruto de una decisión política consistente en negarle cualquier valor y por tanto cualquier protección jurídica al extremo más débil de los intereses en pugna. El reproche mayor que cabe hacer al Tribunal frente es que no profundiza en la consideración del valor concreto de los bienes en juego. Si la determinación del valor concreto de los bienes en juego es el punto de partida de todo el análisis de ponderación, resulta entonces explicable que en ninguna de las sentencias analizadas el Tribunal haya considerado proporcionada la acción salvadora del agente para evitar los daños derivados de su situación de necesidad.

Por otro lado, el requisito de la subsidiariedad ha jugado un papel fundamental en la restricción de la eximente, de tal modo que podemos decir que es la exigencia que elimina en último término toda posibilidad de aplicación de la eximente completa de estado de necesidad. Aunque en un principio la jurisprudencia acoja otras vías, será el camino que finalmente siga para evitar lo que se considera el abuso de la alegación de la eximente. Los

problemas del tratamiento de la subsidiariedad en la doctrina del TS pasan fundamentalmente por formular las exigencias implicadas en el requisito de una manera abstracta y tónica, con lo que naturalmente será muy difícil encontrar un supuesto digno de la eximente completa de estado de necesidad. El TS tiene una visión de carácter ideal, que no acostumbra consultar cuáles medios podían estar al alcance de la persona o en qué medida le era concretamente exigible una vía alternativa a la acción salvadora, sino que se limita a una exigencia en abstracto, lo que supone por principio una restricción excesiva del ámbito de aplicación de la eximente. Además, con la exigencia del agotamiento de otras vías legítimas, como condición para conceder la eximente, el Tribunal muestra un profundo desconocimiento de las condiciones sociales y económicas que enfrentan los procesados en sus países de origen. Es indudable que detrás de esta doctrina contradictoria, que supone la confluencia de comprensiones antagónicas para negar el estado de necesidad, como es por una parte exigir la demostración del agotamiento de todas las vías lícitas disponibles y, por otra, relieves la importancia del bien jurídico de la salud pública para negar de plano la procedencia de la misma, se esconde un uso instrumental del discurso dogmático.

El carácter restrictivo de la jurisprudencia del TS en la consideración de la eximente, completa e incompleta, de estado de necesidad, radicalmente expresado en los supuestos de tráfico de drogas e incumplimiento del servicio militar (o de la prestación social sustitutoria), probablemente por razones preventivo-generales, se extiende hasta la atenuante analógica del 21.6ª en relación con la eximente incompleta del 21.1ª CP. Uno de los puntos más discutibles en la doctrina del TS analizada, es su negativa a concederle un espacio a la eximente incompleta de estado de necesidad. De acuerdo con la doctrina del Tribunal, la falta de uno de los requisitos de la eximente completa puede dar lugar a su reconocimiento incompleto. No obstante, aquí también la referencia al bien jurídico de la salud pública, ha operado como un impedimento insuperable a la hora de reconocerle un sitio a la eximente parcial de responsabilidad. Lo más escandaloso de la doctrina del Tribunal consiste en que mientras niega cualquier posibilidad de reconocimiento de la eximente completa o incompleta, en ambos casos teoriza acerca de los requisitos que deben ser cumplidos para su reconocimiento. La posibilidad de reconocer la eximente de estado de necesidad, ya sea completa o incompleta, es entendido como la promoción de una situación de impunidad o semi-impunidad para el estado español. En este sentido, puede considerarse que se trata de una

derogación jurisprudencial de normas vigentes, por el desuso a que las somete el Tribunal Supremo.

La incidencia del bien jurídico de la salud pública no solo ha marcado la derogatoria del estado de necesidad. El proceso penal se ha convertido en un escenario susceptible de ser afectado por la ideología de la legislación prohibicionista. Una constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español en materia de tráfico de drogas ha sido la flexibilización de las garantías del proceso penal, a tal punto que ya algunos han hablado de la existencia no solo de un derecho penal material de dos vías, sino también de un derecho procesal penal para drogas y otro para las restantes situaciones. El Tribunal Supremo español ha entendido que la gravedad de las conductas relacionadas con el art. 368 del CP español descalifica el debido proceso y cualquier mediación jurídica. El hecho que se entienda que el Tráfico de drogas es un delito de acusada gravedad, permite articular medidas de investigación y juzgamiento desproporcionadas, que de otra forma no superarían el filtro de constitucionalidad que aplica el Tribunal en otros supuestos delictivos. La existencia de medidas especiales de investigación policial y la manipulación de las reglas de producción de la prueba, son algunas de los más representativos requisitos y condiciones para la ordenación del proceso penal.

Una de las consecuencias de la desformalización del proceso penal a partir de la consideración del bien jurídico de la salud pública, se advierte en la etapa prejudicial o de investigación. Una muestra de lo anterior es la autorización de actuaciones policiales en investigaciones indeterminadas. Así, para la autorización de medidas lesivas como la intervención de comunicaciones no se requiere la existencia de un mínimo probatorio que permita inferir la participación del sujeto sobre quien se practica la medida, sino que puede ser el primer acto en un proceso de investigación: antes que estar fundadas en una sospecha pueden promover una sospecha sobre alguien. La consecuencia última de todo ello es la concesión de un exceso de discrecionalidad a las autoridades policiales, quienes debido a que son las que construyen la *noticia criminis* y la gravedad de la sospecha que habilita el poder punitivo, terminan siendo las garantes de sus propias actuaciones.

A partir de la doctrina que niega cualquier lugar a la eximente se han construido paralelamente otras doctrinas, como aquellas que afirman que la omisión de valoración de una evidencia probatoria susceptible de demostrar los extremos de la eximente no constituye violación al debido proceso, o que la falta de motivación del juez que niega la eximente no

afecta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y a los principios de legalidad, seguridad jurídica y proscripción de toda arbitrariedad. En la jurisprudencia analizada también se evidencia la gestación de una especie de *tarifa legal negativa*, pues no de otra forma se podría denominar la imposición de restricciones sobre algunos medios de prueba que quedan excluidos como elementos válidos para demostrar los extremos que constituyen la eximente.

El ordenamiento jurídico-penal español se revela representativo de políticas públicas desproporcionadas. Esta desproporcionalidad se puede advertir no solo en el momento de la subsunción judicial, sino también en la predeterminación de las penas por el legislador, al establecer la mayor pena -después del homicidio- para el delito del 368, así como en la posdeterminación de las sanciones al restringir la finalidad resocializadora de las penas prohibiendo beneficios penitenciarios habilitados para otras conductas. Es importante recordar que la distinción entre drogas blandas y duras, criterio último con el que se determina la gravedad de la respuesta penal regulada en el art. 368 del CP español, no está fundada en ninguna base científica sólida, sino en prejuicios e intereses internacionales, manipulados según la coyuntura histórica. Para la interpretación del precepto del art. 368 del CP español, resulta indispensable el concepto de “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”. El concepto de droga resulta siendo extraído de instrumentos internacionales, no necesariamente ratificados por los Estados y objeto de una permanente transformación contraria a cualquier pretensión de certeza o seguridad jurídica.

La remisión que hacen las leyes penales de drogas a la Convención única de Estupefacientes o a otros instrumentos internacionales como estrategia para construir el supuesto de hecho prohibitivo, no solo informa una violación al principio de legalidad como garantía de certeza individual sino que también supone una violación al principio de legitimidad democrática como presupuesto del castigo. La doctrina del Tribunal Supremo se desvía del principio de legalidad estricta al restringir la procedencia de las eximentes de responsabilidad en general y del estado de necesidad en particular en materia de delitos relacionados con drogas. La doctrina del Tribunal desestima criterios de racionalidad como por ejemplo el juicio de ponderación, introduciendo en su lugar una presunción no autorizada por ninguna disposición legal, incurriendo en una discrecionalidad pura.

Pero esta demonización de la droga con la consecuente exacerbación de la intervención penal, la hipervaloración de la salud pública considerado como preponderante frente a cualquier otro

bien jurídico, el desprecio a los males relacionados con la situación de pobreza, entendidos como económicos y el temor a “abrir la puerta” si se admiten casos de estado de necesidad en el tema de las drogas, parece un contexto propio de épocas anteriores. Hoy en día vemos algunos elementos que permiten matizar la deminización y sus consecuencias, lo que permitiría una reorientación de la aplicación del estado de necesidad en materia de drogas, por parte de los tribunales.

## Conclusiones Finales

1. La evolución de la política antidroga ha estado marcada por una cíclica remisión a la **eficacia represiva** y un inflexible apego al reproche y el castigo como núcleo de desarrollo. La forma y el contenido de la regulación jurídica que desarrolla la política antidroga ha sido un producto de exportación especialmente norteamericano. En España, el origen de la legislación prohibicionista se caracterizó por la simultaneidad de una **visión tutelar de las funciones del Estado** y el **ascenso de un poder internacional**, manifestado en la promulgación de diferentes cuerpos normativos internacionales, con una progresiva influencia sobre las decisiones nacionales. El antecedente primario fue el Convenio internacional del opio de 1912, el primero de una serie de instrumentos internacionales en definir como peligroso el uso de algunas sustancias estupefacientes.

En desarrollo de las condiciones a las que llevaron los primeros desarrollos de la legislación prohibicionista – ideología tutelar y presiones internacionales - se expidió la primera legislación prohibicionista en España, una *Real Orden del Ministerio de la Gobernación* de 1924, norma que se incorporó posteriormente en el CP que entró en vigencia en septiembre de 1928. Ello fue aunado por la **American Crusade** que logró traducir en diferentes convenios internacionales la idea de que las drogas constituían simultáneamente un mal moral y una amenaza a la seguridad. Esto fue ratificado en la Convención única sobre estupefacientes de 1953, al mencionar desde sus primeras líneas la “preocupación por la salud mental y moral de la humanidad” como fundamento de sus provisiones. Cuando el 15 de noviembre de 1971 se reforma el CP español se recepcionan las líneas de la Convención de la ONU de 1953 que recomendaba a los estados incrementar las penas y la represión penal del tráfico de drogas.

En todo caso, la *Ley de Peligrosidad y Rehabilitación social de 1970* sancionó penalmente en España el tráfico, consumo, tenencia “e incluso el ser toxicómano”. La ley de peligrosidad y rehabilitación social creó la figura de “estados peligrosos”, la cual era una cristalización de ideas provenientes del positivismo peligrosista y de la moral mayoritaria. Justamente los excesos frente a la disidencia política y cultural que conllevó la aplicación de la Ley de peligrosidad y rehabilitación social, permitió la reforma de 1983, la que consolidó la atipicidad penal de la posesión para el propio consumo.

En 1988 se realizó la *Convención sobre el Tráfico ilícito de Estupefacientes*, que obligaba a las partes firmantes a penalizar los aspectos relacionados con el tráfico ilícito. España fue uno de los primeros países en cumplir las indicaciones de la Conferencia de Viena a través de la *Ley orgánica 1/88 del 24 de marzo*. El ordenamiento jurídico español se acogió íntegramente a las censuras internacionales, asumiendo acríticamente sus modelos más represivos, los cuales se verían reflejados en el CP de 1992. El primer resultado fue el aumento generalizado de las penas y la reducción de las diferencias en el tratamiento penal de las drogas duras y blandas.

En la construcción del problema de las drogas y en la evolución de la legislación prohibicionista, la referencia a la **seguridad nacional** o la **salud pública** ha intensificado las reacciones punitivas. Especialmente la historia de la salud pública puede presentarse como la historia del **paradigma prohibicionista**. El mismo ha sido desarrollado casi siempre a partir de técnicas legislativas asistemáticas y subordinado a las exigencias de una política de coyuntura en permanente transformación. Entre los muchos efectos nocivos que trae la legislación prohibicionista pueden mencionarse la consolidación de un **mercado negro**, la consolidación de representaciones morales que **demonizan** y **deshumanizan**, así como el afianzamiento y exacerbación de la **discriminación sistemática** contra las personas que usan drogas. España no ha sido ajena a estas prácticas. Incluso, la percepción y tratamiento institucional de la droga ha estado vinculada a la percepción de algunos grupos, especialmente **inmigrantes**, como grave amenaza social. Tanto la centralidad del drogodependiente como la del inmigrante en el escenario político criminal han sido una consecuencia de los discursos y las prácticas promovidas por la “lucha contra las drogas” que ha funcionado de manera efectiva en la orientación de la política criminal de la Unión Europea en general y de España en particular.

2. La conceptualización del estado de necesidad y la teorización de la exclusión de responsabilidad penal a partir del mismo, fue un resultado tardío que estuvo precedido por un tratamiento casuístico de las circunstancias de necesidad humana. Sólo en el **antiguo derecho alemán** se reconoce el estado de necesidad en casos individuales como una razón de exención de pena. Una evolución respecto al proceder casuístico se constata en la doctrina desarrollada durante la recepción del derecho romano, la que tuvo como punto de partida la *Constitutio Criminalis Carolina (Halsgerichtsordnung Karls V)*. El raciocinio sobre las situaciones de

estado de necesidad se construyó especialmente a partir del tratamiento para el hurto famélico (art. 166). Posteriormente, el **derecho natural** orientó a la ciencia penal a introducir nuevos esfuerzos para la interpretación de la noción *necessitas*. En las discusiones jugó un destacado rol la idea de “instinto de conservación” y del *ius et favor necessitates*.

En los primeros intentos de justificación se resaltan dos enfoques predominantes. Por un lado, el enfoque subjetivo representado fundamentalmente por *Kant* que considera el estado de necesidad como un fenómeno salido del **imperativo categórico** y, por lo tanto, desvinculado de la razón de ser del derecho. Para *Kant* el **derecho de necesidad** es un **derecho ambiguo**, en tanto representa una acción externa sobre el fundamento de una coacción y no de un imperativo categórico como la ley penal (*necessitas non habet legem*). Para *Kant* la exención de pena se deduce desde el punto de vista psicológico pues la norma penal no tiene la capacidad de coacción suficiente en los casos de estado de necesidad. Otras teorías destacadas y derivadas de este enfoque fueron la teoría de la equidad, la teoría de la exención de toda legislación (*Fichte*), la doctrina de la coacción (*Feuerbach*), la teoría de las acciones mixtas (*Filangieri*) y la teoría de la acción coactiva compulsiva (*Geyer*).

Los vacíos dejados por los enfoques subjetivos, alentó una reacción que tuvo como presupuesto la concepción filosófica Hegeliana (enfoques objetivos). *Hegel* pronunció por primera vez la posibilidad de un **efecto justificante objetivo** del estado de necesidad desarrollado en la colisión vida – propiedad (**colisión de derechos**). La existencia personal adquiere un efectivo derecho de necesidad en aquellas situaciones en las que enfrenta un peligro definitivo, es decir, que cuestiona la continuidad de la vida o en la colisión con la propiedad jurídica de otro. Este enfoque encontró acogida en la ciencia penal, como se puede constatar en *Abegg*, *Marezoll* y sobre todo *Köstlin*. Variantes de dicho enfoque se encuentran en *Luden*, *Baumeister*, *Berner* y *Meyer*.

El primer intento teórico en la sistemática del hecho punible que extiende un puente entre las concepciones iusfilosóficas subjetivas y objetivas que pretenden explicar el porqué de la exención de pena en los casos de estado de necesidad, se encuentra en la teoría unitaria o de la unidad, que recoge un **principio de resolución disyuntivo**. Según este principio el estado de necesidad sería una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad, sin considerar ninguna divergencia en la naturaleza jurídica de las acciones cometidas en estado de necesidad. La objeción que planteaba la doctrina unitaria según la cual una concepción

diferente de las prescripciones positivas sobre el estado de necesidad conducía teórica y prácticamente a resultados insostenibles, fue una crítica sin los cimientos suficientes. A pesar de la diferencia en los fundamentos de las materias civil y penal sobre estado de necesidad, si fue posible una división de los campos de aplicación. A ello condujo la doctrina diferenciadora que se esforzó por elaborar respectivos presupuestos para ambos campos de las regulaciones positivas sobre estado de necesidad.

La diferenciación en las clases del estado de necesidad es propia de la evolución dogmática penal alemana. Esta teoría se remonta a *Berner* y como término fue expresamente utilizado por primera vez en la obra de *Liszt/Schmidt*. Sin embargo, el proceso concreto de fundamentación se debe además a *J. Goldschmidt, Graf zu Dohna, Henkel, R. Merkel* y *Eb. Schmidt*, así como al Reichgericht, a quienes se les nombra como padres de la teoría diferenciadora. En la formación del enfoque diferenciador tiene una determinante influencia el acercamiento a las comprensiones materiales de la antijuridicidad, orientada a la **dañosidad social**, junto a una **concepción normativa de la culpabilidad** que llega a considerar como exculpante ciertas escalas en los conflictos anímicos. Este enfoque ha encontrado lugar en los códigos penales, destacándose la regulación hecha por el StGB alemán en los §§ 34 y 35. La distinción que descomponía la noción unificadora de estado de necesidad en dos tipos, uno justificante y otro exculpante, fue posible cuando fueron interpretados como **aspectos complementarios** la ponderación de bienes y fines (ponderación de intereses y relación medio-fin) y la motivación psicológica subjetiva.

3. Sin embargo, un desarrollo riguroso de los fundamentos del estado de necesidad a nivel jurídico penal y, paralelo a ello, las bases de la teoría de la diferenciación no ha sido logrado en la doctrina jurídico penal. Adicional al problema de la justificación interna, tampoco es clara la **justificación externa** en el sentido de advertir los límites hasta los que sería posible soportar un perjuicio como consecuencia de un estado de necesidad. El problema central de la fundamentación del estado de necesidad radica en la pregunta sobre **por qué se puede conferir un derecho a lesionar bienes jurídicos ajenos**. En respuesta a esta problemática, los intentos de fundamentación se han orientado, por un lado, a explicar las razones por las que prima el interés mayor (**solidaridad y utilidad social**). Por otro lado, se han hecho esfuerzos por retomar la doctrina hegeliana para entender, a partir de sus fundamentos, por qué en la colisión de bienes o intereses prima el de mayor valor (*Pawlik/Kühl*). Asimismo, se

resaltan las discusiones que intentan retomar la teoría unitaria para clasificar el estado de necesidad como un problema de justificación (*Gimbernat Ordeig*).

A pesar de la evolución en las discusiones sobre el principio de justificación del estado de necesidad, especialmente desde España, algunos han intentado retomar la teoría unitaria. El representante de esta iniciativa fue *Gimbernat*, cuyo punto de partida consiste en la voluntad y la capacidad de sanción del legislador penal. La crítica al planteamiento de *Gimbernat* ha sido elaborada en Alemania fundamentalmente por *Küper* (1983) y en España por *Cerezo* (1987). Las mismas se sintetizan en la discusión de cuatro premisas fundamentales de la teoría de *Gimbernat*:

a) Primera premisa: Antijuridicidad es lo que el legislador **quiere** prohibir; culpabilidad es lo que el legislador **puede** prohibir. No hay una referencia al “debe”, sino sólo al quiere/puede. Frente a tal proposición se ha argüido que la diferencia entre lo que el legislador quiere/puede prohibir no hace ninguna referencia a un criterio valorativo, de donde resulta inadmisibles como criterio de distinción entre antijuridicidad y culpabilidad.

b) Segunda premisa: Siempre que el legislador no quiere prohibir se está frente a una causa de justificación. Frente a esta proposición se objeta que afirmar que el estado de necesidad en caso de colisión de bienes iguales no es una causa de inculpabilidad no quiere decir que sea, entonces, una causa de justificación. Ya que podría defenderse que en este caso de estado de necesidad se está frente a una excusa legal absoluta o frente a una condición objetiva de punibilidad, pues también en estos supuestos se produce la situación entrevista por *Gimbernat*, que el legislador “puede” motivar (castigar) pero no “quiere”.

c) Tercera premisa: Siempre que el legislador no puede prohibir se está frente a una causa de inculpabilidad. Es decir, cada vez que no se puede motivar, se trata de una causa de inculpabilidad. Frente a esta proposición ha dicho *Küper* que tampoco es tan claro que el legislador “podía” (pero no “quería”) motivar a las personas en situaciones de necesidad excepcionales. Cuando *Gimbernat* afirma que la persona podía motivarse, olvida que la capacidad de motivar de la norma no depende en exclusiva de las capacidades individuales de las personas, sino de que, por la situación excepcional en que se encuentra, la norma pueda desplegar sus efectos.

d) Finalmente también *Cerezo* ha criticado a *Gimbernat* su pretensión de incluir en la categoría de la antijuridicidad dos elementos que son sustancialmente diversos: unas causas de justificación valoradas positivamente y otras causas de justificación indiferentes. De acuerdo con *Cerezo* si el derecho permite un determinado comportamiento es porque lo valora positivamente. Y ello, debido a que una vez se ha realizado el juicio de tipicidad éste no puede eliminarse con un juicio de indiferencia sino de permisión, es suficiente para eliminar el desvalor que incorpora la afirmación de la tipicidad del comportamiento.

4. La inclusión en el CP español del estado de necesidad como eximente jurídico penal partió también de un reconocimiento casuístico y limitado por lo general a casos en los que existía un daño a la propiedad privada. Las primeras regulaciones del estado de necesidad en la legislación española tienen un elemento común que es la limitación de la eximente a los casos en los que se produce un mal menor al que se trata de evitar. Esta tendencia se rompe definitivamente con la expedición del CP de 1944 y a partir de éste, todas las legislaciones posteriores, incluidas la del art. 8.7 del CP de 1973 y la del art. 20.5 del CP de 1995. Un elemento que llama la atención en la evolución del tratamiento legislativo del estado de necesidad en España, es la presencia más o menos constante de las dos vertientes doctrinarias que tradicionalmente se han usado para atar su fundamento: la **teoría de la ponderación de bienes** y la **teoría del fin**.

La primera regulación penal en la que aparece contenida la eximente del estado de necesidad en España es la del numeral 7 del art. 8º del CP de 1848. Esta primera formulación del estado de necesidad contemplaba únicamente los supuestos de conflicto objetivo (la amenaza de un mal real) frente a bienes patrimoniales. En este caso, solo el bien afectado para evitar un mal debía ser un bien patrimonial, pero no el bien defendido, que podía ser cualquier bien. Los juristas de la época concebían el estado de necesidad en un sentido mucho más amplio que lo que se contemplaba en la norma del código penal, de modo que se recurría a la ley moral para delimitar su alcance y en ese sentido, se hablaba del carácter prejurídico del estado de necesidad en la legislación de 1944. Esta corriente de pensamiento se prolongó hasta las regulaciones de los Códigos penales de 1932 y 1944 en los que por primera vez se amplió considerablemente el alcance de la eximente, para contemplar aquellos casos que eran excluidos en las primeras regulaciones.

La fórmula del art. 8.7 del CP de 1848 se conservó íntegramente para las reformas de 1850 y 1870, pero se hizo mucho más estrecha en tanto, por los impulsos de la jurisprudencia del

Tribunal Supremo, se limitó su procedencia exclusivamente al delito de daños, delito contra la propiedad consistente en la destrucción, deterioro o inutilización de una cosa. En lo que se refiere a las condiciones para la procedencia o reconocimiento de la eximente, la regulación era idéntica a la que existía en el anterior código de 1848, razón por la cual los requisitos eran los mismos (1º. Realidad del mal que se trata de evitar, 2º. Que sea mayor -el mal que se trata de evitar- que el causado para evitarlo y 3º. Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedir el mal).

El estado de necesidad obtuvo un reconocimiento todavía más amplio en el Código de 1932, el cual, sin embargo, no lo aceptaba aún en los casos de conflicto de bienes de igual rango o entidad. El CP de 1932 inició una nueva época de esta eximente, pero limitando el alcance al conflicto entre intereses desiguales, al exigir el requisito primero que “el mal causado sea menor que el que se trata de evitar”. Una constante es posible rastrear hasta estas reformas en la legislación española (1848 a 1928): la exigencia de la “realidad del mal que se trata de evitar”, entendida esta en sentido objetivo. Con la reforma de 1932 pudo interpretarse tal exigencia no en tanto su demostración objetiva, sino que fue reconducida a la condición de inmediatez de la producción del mal o peligro porque la acción salvadora del agente impediría la producción, objetiva, de aquel peligro o mal.

La inclusión en la eximente de estado de necesidad de los supuestos en que el mal causado es igual al que se trata de evitar se produjo con la reforma parcial del CP de 1944. A partir de este Código, se reconoce de forma amplia la procedencia de la eximente, incluso cuando se trata de conflictos entre bienes jurídicos de igual valor. Se trata del papel más estelar de la eximente, pues no se condiciona según la naturaleza de los bienes o derechos susceptibles de protección mediante el sacrificio de otros, **se admite tanto el estado de necesidad propio como el ajeno o “auxilio necesario”** (presente en los códigos de 1848, 1870 y 1828), se incluye como uno de los supuestos de estado de necesidad a la colisión de deberes y se regula para el reconocimiento de la eximente en el supuesto de conflictos de bienes de igual valor.

Para muchos autores la reforma de 1944 fue la que permitió introducir la teoría diferenciadora en el ordenamiento jurídico español a partir de la idea de dos tipos de estado de necesidad, dependiendo de la clase o naturaleza del conflicto. La ampliación de la que venía siendo objeto el estado de necesidad desde 1848 se consolida legislativamente con la reforma de 1944 y en los códigos penales que le siguen a éste conserva su consagración amplia. En la

regulación que corresponde al Código de 1973 el estado de necesidad comprende los mismos casos y en las mismas condiciones contempladas en su predecesora. En esa medida, en las discusiones sobre la inteligibilidad de la eximente tiene un rol fundamental los debates de la doctrina y las decisiones del Tribunal Supremo acerca de su alcance. Es justamente en vigencia de la regulación de 1973 que se empieza a perfilar y se consolida la tesis que termina por negar el valor eximente del estado de necesidad en cualquiera de sus formas, como eximente completa e incompleta, en los casos de tráfico de drogas prohibidas.

La regulación de 1995 no contiene ninguna modificación sustancial frente a la anterior, salvedad hecha de la supresión de la expresión "...impulsado por...", por la cual muchos encontraron apoyo para favorecer la exigencia de un elemento subjetivo en la eximente, es decir, la exigencia de que el autor, además de conocer la situación objetiva del estado de necesidad, se comportara movido por el "elemento subjetivo de justificación" de querer salvaguardar el orden jurídico, esto es, por la necesidad de salvaguardar un bien propio o ajeno. El art. 20.5 se refiere a **todas las modalidades posibles de estado de necesidad** (colisión de derechos y deberes, estado de necesidad propio y auxilio necesario y conflicto de diverso o de igual valor), todos ellos sometidos a los mismos condicionamientos para su reconocimiento.

En Colombia el primer CP de la República neogranadina aparece en 1837 y en él no se hace ninguna referencia al estado de necesidad. Lo mismo ocurre en los Códigos de la República Liberal de 1873 y de 1890. Aunque hay ejemplos del tratamiento de la necesidad con efectos exoneratorios, en todas estas codificaciones no se encuentra una regulación expresa referida al estado de necesidad. Sólo la Comisión de 1923 encargada de la redacción del proyecto de CP discutió el estado de necesidad como una causa de no punibilidad. Sin embargo fue el CP de 1936 la primera legislación penal en la que aparece una regulación manifiesta del estado de necesidad considerada expresamente como causa de justificación de la conducta. De igual modo en el CP de 1980 se conservó la regulación del estado de necesidad exclusivamente como justificante. Finalmente, la redacción del actual CP, Ley 599 de 2000, continúa la línea teórica y práctica que ha sido mayoritaria entre nosotros y consagra en el numeral 7 del art. 32 el estado de necesidad de **forma unitaria como causa de justificación** de la conducta, a pesar de que en la doctrina perviven algunas voces minoritarias que pretenden hacer del sentido del texto legal la puerta para la introducción de la teoría diferenciadora.

Las posiciones en torno al fundamento de los efectos eximentes del estado de necesidad siempre han estado en una disputa dialéctica entre argumentos de orden **organicista** o **comunitarista** como la solidaridad y un argumento que se remonta al simple y llano **individualismo**, como lo es la subsistencia. Allí uno de los argumentos más recurridos es la imposibilidad de cualquier ordenamiento jurídico de exigirle al ciudadano que se convierta en un héroe o en un santo. Otros tantos han recurrido al **interés preponderante** y a la **ponderación entre el bien salvado** y el **bien sacrificado**, así como también, algunos han criticado esta postura por considerarla indemostrable en un caso concreto en el cual no se encuentre en disputa la vida sino un bien de menor entidad.

En la **evolución jurisprudencial en Colombia** entorno a la problemática del estado de necesidad, es de advertirse que de todos los pronunciamientos en los que la Corte Suprema de Justicia ha tenido oportunidad de ocuparse directa o indirectamente de la eximente en cuestión, como Juez de Casación o como Juez de instancia, **no se ha planteado la pregunta por el fundamento de la eximente**. En lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la eximente, la mayoría de las decisiones de la Corte Suprema en esta materia reconocen el carácter de justificante del estado de necesidad, tanto en vigencia del Decreto Ley 100 de 1980 como en vigencia del actual CP (ley 599 de 2000). Sólo en un fallo de 2009, la Corte Suprema de Justicia se ocupa de un caso de porte de sustancias alucinógenas o psicoactivas para el consumo personal y señala cada una de las variantes que desde la doctrina se han formulado para dar cuenta de que estas situaciones no pueden generar, bajo ninguna perspectiva, responsabilidad penal, entre las que menciona el estado de necesidad como una de las alternativas al tratamiento de la drogodependencia.

5. En Alemania no existe un reproche en el ámbito jurídico penal para el consumo de drogas. Que ello sea así se debe a que el **autoperjuicio no representa un hecho punible** en el derecho penal positivo, siendo un principio cuya aplicación es trasladable para fundamentar la ausencia de punibilidad del consumo de drogas. En la orbita de la impunidad del consumo de drogas se instalan una serie de reproches penales cuyos tipos se orientan a la sanción de las conductas orientadas por la oferta (como producción, transporte y tráfico de estupefacientes), el comportamiento en relación con la financiación o medidas de oferta del mercado de las drogas hasta las acciones vinculadas al consumo (como cultivo o posesión).

La sanción según el BtMG para la instigación, promoción o facilitación de una autopuesta en peligro por medio de la entrega de estupefacientes, debería pasarse por alto a partir del principio que limita el reproche penal sobre el presupuesto de la autoresponsabilidad. A pesar de ello, en el BtMG la protección de la autonomía de la persona y, en ese sentido, el propósito de protección de bienes jurídicos individuales no tiene la importancia que debería. En el BtMG se da **preponderancia a la salud pública** a pesar de su carácter complejo, universal y de indisponibilidad individual. De este panorama de protección en el que prima la salud pública sobre las decisiones de los consumidores, se plantean cuestionamientos como los relativos a explicar por qué cada individuo debe ser distanciado de su autopuesta en peligro a partir de la protección a la salud pública; cuál es el núcleo material del injusto de los tipos penales sobre drogas; y si se puede afectar dicho núcleo con la lesión del bien jurídico salud pública.

Desde la promulgación del BtMG de 1972 se ha desarrollado una serie de definiciones de la salud pública en el sentido de intereses de la generalidad. En la famosa **decisión cannabis** del 09.03.1994, el Tribunal Constitucional alemán (BVerfG) tomó una posición que determinó una particular comprensión de la noción salud pública. Frente al tema bien jurídico en el BtMG, no utiliza expresamente la noción “salud pública”, sino que fijó un **comprensión amplia** de acuerdo a la materia legislativa a partir de la cual se determinó que las normas penales del BtMG sirven “a la política de la salud humana, así como de cada individuo, como la población en general de los peligros que se desprenden de los estupefacientes y proteger a la población, ante todo jóvenes, de la dependencia de los estupefacientes”. A partir de la “decisión cannabis”, se amplió el postulado del BtMG a la orientación de otros propósitos diferentes a la salud pública. El BtMG se orienta, entonces, a una **convivencia social libre de drogas o a una orientación de la vida basada en la abstinencia**. Múltiples críticas han sido levantadas contra la posición del BVerfG, las cuales se orientan a precisar cómo esta posición omite hablar concretamente del bien jurídico del BtMG. En la literatura y jurisprudencia constitucional alemana, se **desaprueba una protección paternalista** de los peligros de una persona contra sí misma, pues la autopuesta en peligro se comprende como una forma del “libre desarrollo de la personalidad” según el art. 2 inc. 1 Constitución alemana. Una de las críticas más común en la literatura sobre el BtMG, es el señalamiento de dicha normatividad como un ejemplo de **derecho penal preventivo**.

6. Siguiendo el estilo de los códigos penales modernos, el CP español vigente, en su art. 20.5, ha traído un capítulo sobre las causas que eximen de responsabilidad criminal. Este artículo describe los elementos básicos cuya presencia habilita la justificante de estado de necesidad: **Primero**, que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar; **Segundo**, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto; **Tercero**, que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse. Sobre el reconocimiento del estado de necesidad como condición de justificación del comportamiento ha habido pleno acuerdo en la doctrina especializada.

También el Tribunal Supremo español ha reconocido la importancia de concederle un espacio a la pregunta por el grado de justificación que pueda tener la conducta enjuiciada en virtud de la existencia de un estado de necesidad. Para el Tribunal los requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir para apreciarla son: 1) La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperiosos, grave e inminente; injusto e ilegítimo. 2) La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno. No obstante, en materia de tráfico de drogas, por tratarse del bien jurídico de la salud pública, el Tribunal ha establecido un criterio jurisprudencial muy restrictivo en la aceptación de la justificación completa, o incompleta, en virtud del estado de necesidad. En materia de tráfico de drogas opera un criterio ideológico que le niega cualquier sitio al eximente por necesidad, por considerar insacrificable el bien jurídico de la salud pública. Tratándose del tráfico de drogas, el criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo se muestra contrario a la ley, a la doctrina especializada y a la propia doctrina establecida por el Tribunal para el entendimiento del estado de necesidad.

De esta manera la importancia asignada al bien jurídico de la salud pública, desplaza la exigencia de demostrar caso por caso la **necesidad** para configurar la eximente. Un juicio valorativo –abstracto y general- anula la exigencia empírica para el reconocimiento de cualquier forma de atenuación, de tal forma que no hay circunstancia personal que pueda oponerse al valor del bien jurídico de la salud pública. Cualquier bien enfrentado al bien jurídico de la salud pública queda inevitablemente excluido de toda protección legal. En este

orden de ideas, de lo que se trata es de la construcción de una barrera infranqueable al estado de necesidad por medio de la **negación del requisito de la ponderación**.

El ejercicio de adjudicación judicial se revela así como un instrumento para apuntalar la **ideología vigente en materia de drogas**. Al interior del ejercicio consistente en aplicar normas provenientes de una fuente autorizada, se presenta un desplazamiento que reemplaza al legislador democrático por **criterios extranormativos** –como la alarma social, la cruzada internacional contra las drogas, la ideología conservadora sostenida por empresarios morales- para negarle toda aplicación a las eximentes de responsabilidad en materia de tráfico de drogas-. El reproche mayor que cabe hacer al Tribunal es que **no profundiza en la consideración del valor concreto de los bienes en juego**. De donde, si la determinación del valor concreto de los bienes en juego es el punto de partida de todo el análisis de ponderación, resulta entonces explicable que en ninguna de las sentencias analizadas el Tribunal haya considerado proporcionada la acción salvadora del agente para evitar los daños derivados de su situación de necesidad.

Aunque su rendimiento podría ser írrito, habida cuenta el valor supremo que se le concede a la salud pública, el requisito de la **subsidiariedad** ha sido un recurso del que de manera secular la doctrina del Tribunal Supremo (también) se ha valido para suatrerle cualquier nivel operativo al estado de necesidad si se trata de **drogas**. Podría sostenerse que, aún retóricamente, es la exigencia que elimina en último término toda posibilidad de aplicación de la eximente completa de estado de necesidad. El TS tiene una visión de carácter ideal, que no acostumbra consultar cuáles medios podían estar al alcance de la persona o en qué medida le era concretamente exigible una vía alternativa a la acción salvadora, sino que se limita a una exigencia en abstracto, lo que supone por principio una restricción excesiva del ámbito de aplicación de la eximente. Con la exigencia del agotamiento de otras vías legítimas, como condición para conceder la eximente, el Tribunal muestra un profundo **desconocimiento de las condiciones sociales y económicas** que enfrentan los procesados, sobre todo cuando son de otros países. Es indudable que detrás de esta doctrina contradictoria se esconde un uso instrumental del discurso dogmático.

El **carácter restrictivo de la jurisprudencia del TS** en la consideración de la eximente, completa e incompleta, de estado de necesidad, radicalmente expresado en los supuestos de tráfico de drogas, sin lugar a dudas, por razones preventivo-generales, se extiende hasta la

atenuante analógica del 21.6ª en relación con la eximente incompleta del 21.1ª CP. Uno de los puntos más discutibles en la doctrina del TS analizada, es su negativa a concederle un espacio a la **eximente incompleta** de estado de necesidad. De acuerdo con la doctrina del Tribunal, la falla de uno de los requisitos de la eximente completa puede dar lugar a su reconocimiento incompleto. No obstante, aquí también la referencia al bien jurídico de la salud pública, ha operado como un impedimento insuperable a la hora de reconocerle un sitio a la eximente parcial de responsabilidad.

La incidencia del bien jurídico de la **salud pública** no solo ha marcado el vaciamiento de la eximente de estado de necesidad. El proceso penal se ha convertido en un escenario susceptible de ser afectado por la ideología de la legislación prohibicionista. Una constante en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español en materia de tráfico de drogas ha sido la **flexibilización de las garantías del proceso penal**. Una de las consecuencias de la desformalización del proceso penal a partir de la consideración del bien jurídico de la salud pública, se advierte en la etapa prejudicial o de investigación. Una muestra de lo anterior es la autorización de actuaciones policiales en investigaciones indeterminadas. Así, para la autorización de medidas lesivas como la intervención de comunicaciones no se requiere la existencia de un mínimo probatorio que permita inferir la participación del sujeto sobre quien se practica la medida, sino que puede ser el primer acto en un proceso de investigación: antes que estar fundadas en una sospecha pueden promover una sospecha sobre alguien. A partir de la doctrina que niega cualquier lugar a la eximente se han construido paralelamente otras doctrinas, como aquellas que afirman que la omisión de valoración de una evidencia probatoria susceptible de demostrar los extremos de la eximente no constituye violación al debido proceso, o que la falta de motivación del juez que niega la eximente no afecta el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, y a los principios de legalidad, seguridad jurídica y proscripción de toda arbitrariedad. En la jurisprudencia analizada también se evidencia la gestación de una especie de **tarifa legal negativa**, pues no de otra forma se podría denominar la imposición de restricciones sobre algunos medios de prueba que quedan excluidos como elementos válidos para demostrar los extremos que constituyen la eximente.

El ordenamiento jurídico-penal español se revela representativo de **políticas públicas desproporcionadas**. Esta desproporcionalidad se puede advertir no solo en el momento de la subsunción judicial, sino también en la predeterminación de las penas por el legislador, al

establecer la mayor pena -después del homicidio- para el delito del art. 368, así como en la posdeterminación de las sanciones al restringir la finalidad resocializadora de las penas prohibiendo beneficios penitenciarios habilitados para otras conductas. Es importante recordar que la **distinción entre drogas blandas y duras**, criterio último con el que se determina la gravedad de la respuesta penal regulada en el art. 368 del CP español, no está fundada en ninguna base científica sólida, sino en prejuicios e intereses internacionales, manipulados según la coyuntura histórica. Para la interpretación del precepto del art. 368 del CP español, resulta indispensable el concepto de “drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas”, extraído fundamentalmente de instrumentos internacionales.

## **Bibliografía**

### **1. Monografías, Libros y Artículos Especializados**

**Abreviatura:**

**Literatura:**

*AA.VV.* 1980

*AA.VV.* Trabajos Preparatorios. Actas del Nuevo Código Penal colombiano (Decretos 100, 141 y 172 de 1980). Parte General arts. 1 a 100, Vol. I., Edición dirigida por el Dr. Luís Carlos Giraldo Marín, Colección Pequeño Foro, 1980.

*AA.VV.* 1996

*AA.VV.*, Código Penal comentado, Editorial Arazandi, Pamplona, 1996.

*AA.VV.* 2012

*AA.VV.*, La adicción punitiva. La desproporción de leyes de drogas en América Latina, Dejusticia, Bogotá, 2012.

*Abegg*

*Abegg, Julius Friedrich Heinrich*, Lehrbuch d. Strafrechts-Wissenschaft, Neustadt an der Orla, Wagner, 1836.

*Achenbach*

*Achenbach, Hans*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, Berlin, Schweitzer, 1974.

*Agamben*

*Agamben, Giorgio*, Homo sacer: El poder Soberano y la Nuda vida, Ed. Pretextos, 1998. (Traducción de Antonio Gimero Cuspintera).

Albrecht/van  
Kalmthout (eds.)

Albrecht, Hans-Jörg/van Kalmthout, Anton (eds.), Drug policies in Western Europe, Freiburg i. Br., Max-Planck-Inst. für ausländisches und internationales Strafrecht, 1989.

*Albrecht* KritV 1986

*Albrecht, P.A.*, "Prävention als problematische Zielbestimmung im Kriminaljustizsystem", en KritV 1986 p. 55 s.

*Alcácer Guirao* 2003

*Alcácer Guirao, R.*, ¿Lesión de bien jurídico o lesión de deber? Apuntes sobre el concepto material del delito, Barcelona, Atelier, 2003.

*Aldana Rozo* 1978

*Aldana Rozo, L. E.* "Algunos aspectos del estado de necesidad" en *Las causales de justificación en la doctrina y en la legislación penal colombiana*, AAVV. I- Jornadas internacionales de derecho penal, Universidad Externado de Colombia, 1978, pp. 77-96.

*Ambos* MKS 77  
(1995)

*Ambos, Kai*, „Recht auf Rausch?. Anmerkungen zu den Entscheidung des zweiten Senats des BVerfG vom 9.4.1994 und des kolumbianischen Verfassungsgericht vom 5.5.1994“, en *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 77 (1995), pp. 47-54

*Ambos*

*Ambos, Kai*, Drogenkrieg in den Anden: Rahmenbedingungen und Wirksamkeit der Drogenpolitik in den Anbauländern mit Alternativen, München, AG-SPAK-Bücher, 1994.

## Bibliografía

- Ambos/Cormils/van den Reyt/Doval* en EPC 19 (1996) *Ambos/Cormils/van den Reyt/Doval*, “El tratamiento penal de los correos de la droga en Alemania, Holanda, Dinamarca y España”, en *Estudios Penales y Criminológicos* 19 (1996), España, pp. 7-48.
- Amendt* en Kanitscheider (ed.) *Amendt, Günter* „Gewinner und Verlierer – Was kostet die Drogenprohibition? Plädoyer für einen vernünftige Drogenpolitik”, en Bernulf Kanitscheider (ed.), *Drogenkonsum. Bekämpfen oder freigeben*, Leipzig, Hirzel, 2000, pp. 197 ss.
- Andrés Ibáñez* *Andrés Ibáñez, Perfecto*, Prueba y convicción judicial en el proceso penal, Buenos Aires, Hammurabi, 2009.
- Angel Gómez* Angel Gómez, Raúl (ed.), *Drogas y Control Social*, Cordoba, Brujas, 2007.
- Antón Oneca* 1986 *Antón Oneca, José*, Derecho penal, 2ª edición, anotada y puesta al día por José Julián Hernández Guijarro y Luis Beneytez Merino, Madrid, Akal, 1986.
- Archangelskij* *Archangelskij, Alexander*, Das Problem des Lebensnotstandes am Beispiel des Abschusses eines von Terroristen entführten Flugzeuges, Berlin, BWV, 2005.
- Arenas* 1981 *Arenas, Antonio Vicente*, Comentarios al nuevo Código Penal, Decreto 100 de 1980, Bogotá, Editorial Temis, 1981.
- Arenas* 1982 *Arenas, Antonio Vicente*, Compendio de Derecho Penal, Bogotá, Temis, 3ª edición, 1982.
- Arenas* 1964 *Arenas, Antonio Vicente*, Derecho Penal Colombiano. Parte General, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1964.
- Arias Holguín* *Arias Holguín, Diana Patricia*, Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de Blanqueo de capitales (art. 301 Código Penal), Universidad de Antioquia-IUSTEL, Madrid, 2011.
- Atienza* 2013 *Atienza, M.*, Curso de argumentación jurídica, Editorial Trotta, Madrid, 2013.
- Atienza* en DOXA 27 (2004) *Atienza, Manuel*, “Entrevista a Ricardo Guastini”, Manuel Atienza, en DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho 27 (2004), pp. 457-473
- Bacigalupo* en La Ley 1986-4 *Bacigalupo, Enrique*, “Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad”, La Ley, 1986-4.
- Bagley/Walker III* *Bagley, Bruce M./William O. Walker III*. Drug Trafficking in the Americas, Coral Gables, Florida, University of Miami North-South Center, 1995.
- Bagley* en J. Interam. Stud. & Wld. Aff. 1 (1988) *Bagley, Bruce Michael*, “The New Hundred Years War? US National Security and the War on Drugs in Latin America”, en *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* Vol. 30, No. 1, Spring, 1988, pp. 161-182.
- Bajo Fernández* *Bajo Fernández, Miguel*, “Política criminal y reforma penal. Delitos patrimoniales económicos”, en *Política criminal y reforma penal: homenaje a*

## Bibliografía

- la memoria del Prof. Dr. D. Juan del Rosal, 1993, pp. 135-149.
- Baldus, Paulheinz/Willms, Günther, Leipziger Kommentar StGB Tomo I §§ 1-79, Berlin, de Gruyter, 1974 y Tomo II §§ 32-55, Berlin, de Gruyter, 2006.
- Baratta en Comp. In memoriam* *Baratta, Alessandro*, “Principios de derecho penal mínimo”, en *Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)*, Buenos Aires, Editorial B de F, 2004, pp. 299-233.
- Barrientos Restrepo 1962* *Barrientos Restrepo, Samuel*, *Elementos de Derecho Penal*, 2ª Edición, Medellín, Universidad Pontificia Bolivariana, 1962.
- Bayon en JPD 27 (1996)* *Bayon, Juan Carlos*, “Principios y reglas: legislación y jurisdicción en el Estado constitucional”, en *Jueces para la Democracia*, N° 27-1996, Madrid, pp. 41-49.
- Bauer* *Bauer, Anton*, *Lehrbuch des Strafrechtes*, Göttingen. Vandenhoeck und Ruprecht, 1833.
- Bauhofer (ed.)* *Bauhofer, Stefan (ed.)*, *Drogenpolitik - Beharrung oder Wende*, Chur, Rüegger, 1997.
- Baumeister* *Baumeister, Hermann*, *Bemerkungen zur Strafgesetzgebung*, Leipzig, Breitkopf und Härtel, 1847.
- Baumgarten* *Baumgarten, Arthur*, *Notstand und Notwehr: eine Studie im Hinblick auf das künftige Strafrecht*, Tübingen, Mohr, 1911.
- Bean* *Bean, Philip*, *Legalising Drugs: Debates and Dilemmas*, Bristol, The policy press, 2010.
- Beckley Foundation* *Beckley Foundation*, *Recalibrating the regime. The need for a human rights-based approach to the international drug policy. Report 30*, Oxford, HRW-IHRA-CHALN, Marzo 2008. (Disponible en <http://www.beckleyfoundation.org/reports/>).
- Belenko (ed.)* *Belenko, Steven R. (ed.)*, *Drugs and Drug Policy in America: A Documentary History*. Westport-Connecticut, Greenwood Press, 2000.
- Beling* *Beling, Ernst*, *Grundzüge des Strafrechts: mit einem Anhang zur Bearbeitung von Strafrechtsfällen*, Tübingen, Mohr, 1930.
- Bentham 1948* *Bentham, Jeremy*, *The principles of morals and legislation*, New York, Hafner Press, 1948, Capítulo I.
- Bentham 1998* *Bentham, Mandy*, *The Politics of Drug Control*, London, MacMillan Press, 1998.
- Bermejo Mateo G.*, “La ponderación de intereses en el estado de necesidad y el

## Bibliografía

- Bermejo delito de tráfico de drogas (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005)”, en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, N°. LVIII-3. 2005, Barcelona, pp.939 – 965.
- Berner* *Berner, Albert Friedrich*, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, Leipzig, Tauchnitz 14 Ed., 1887.
- Bernsmann* *Bernsmann, Klaus*, „Entschuldigung“ durch Notstand: Studien zu § 35 StGB, Köln, Heymanns, 1989.
- Bernsmann, FS Blau* *Bernsmann, Klaus*, „Zum Handeln von Hoheitsträgern aus der Sicht des „entschuldigenden Notstandes“ (§ 35 StGB)“, en FS für Günter Blau, Hans-Dieter Schwind/Ulrich Berz (eds.), Berlin, De Gruyter, 1985 p. 23 ss.
- Beulke/Mayer JuS* *Beulke, Werner/Mayer, Walter*, „Strafrecht, Die Mutprobe“, en JuS 1987 pp. 125-130.
- Beulke/Schröder NtSZ* *Beulke/Schröder*, „Anmerkung zu BGH 4 StR 395/90“, en NtSZ 1991, p. 393. 1991
- Bewley-Taylor* *Bewley-Taylor, David R.*, The united States and International Drug control 1909-1997, London/New York, Pinter, 1999.
- Binding* *Binding, Karl*, Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft Tomo I, Leipzig, Duncker & Humblot, 1883.
- Bockelmann* *Bockelmann, Paul*, Hegels Notstandslehre, Berlin, Leipzig, 1935.
- Bockelmann 1957* *Bockelmann, Paul*, Strafrechtliche Untersuchungen, Göttingen, Schwarz, 1957.
- Böhmer* *Böhmer, Johann Samuel Friedrich*, Elementa iurisprudentiae criminalis, Goldbach, Keip, 1743.
- Bolívar Acuña 1976* *Bolívar Acuña, Miguel*, Apuntes de Derecho Penal General, Barranquilla, s.e., 1976.
- Böllinger en Kanitscheider (ed.)* *Böllinger, Lorenz*, „Betäubungsmittelstrafrecht. Drogenpolitik und Verfassung“, en Kanitscheider (ed.), Drogenkonsum – bekämpfen oder freigegeben, Stuttgart, 2000, pp. 179-196.
- Böllinger KJ 1994* *Böllinger, Lorenz*, „Grenzenloses symbolisches Strafrecht“, en Kristische Justiz 1994, p. 405 ss.
- Bonilla Maldonado en Olea (ed.)* *Bonilla Maldonado D.*, “El formalismo jurídico, la educación jurídica y la práctica profesional del derecho en Latinoamérica [Legal Formalism, Legal Education and the Practice of Law in Latin America],” en Helena Olea (ed.), Derecho y pueblo Mapuche, Chile, Universidad Diego Portales, 2013.
- Borda en Gaviria* *Borda, Sandra*, “La política multilateral colombiana de drogas durante las dos

## Bibliografía

- Uribe/Mejía Londoño (comp.) administraciones Uribe: hacia el activismo prohibicionista en una era de distensión”, en Alejandro Gaviria Uribe y Daniel Mejía Londoño (comp.), Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- Brandariz García* *Brandariz García, José Ángel*, Política criminal de la exclusión. El sistema penal en tiempos de declive del Estado social y de crisis del Estado-Nación, Granada, Comares, 2006.
- Braun* *Braun, Norman*, Illegale Märkte für Heroin und Kokain, Bern, Haupt, 2001.
- Bühringer/Künzel* en EDPEU (1998) *Bühringer, Gerhard/Künzel, Jutta*, “Evaluating preventive intervention in Europe”, en Evaluating drug prevention in Europe union, Luxembourg, Office for Official Publ. of the Europ. Communities, 1998, pp. 15 ss.
- Busch* *Busch, Heiner*, Polizeiliche Drogenbekämpfung - eine internationale Verstrickung, Münster, Westfälisches Dampfboot, 1999.
- Busch DuR* 1992 *Busch, Heiner*, „Organisierte Kriminalität – Vom Nutzen eines unklaren Begriffs“, en DuR 1992, pp. 374 ss.
- Bustos Ramírez* 1994 *Bustos Ramírez, Juan*, Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra, Bogotá, Temis, 1994.
- Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée* 1999 *Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée*, Lecciones de Derecho Penal, Vol. 2, editorial Trotta, Valladolid, 1999.
- Büttner* *Büttner, Thomas*, Eine verfassungsrechtliche Bewertung des Betäubungsmittelstrafrecht: Zum Cannabis-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, Frankfurt aM, Diss., 1996.
- Caballero* en Semana (05/01/2013) *Caballero, Antonio*, “Los abajo firmantes”, en Semana, Opinión, (05/01/2013).
- Caldentey* en Arana/Markez (eds.) *Caldentey, Pedro*, „Cannabis y legislaciones comparadas en Europa. Los consumidores en la onda expansiva del control social.”, en Xavier Arana/Iñaki Markez (eds.), Cannabis: Salud, Legislación Y Políticas De Intervención, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 117 ss.
- Cancino Moreno* 1978 *Cancino Moreno*, “Evolución histórica de las causas de justificación en el derecho penal colombiano” en AAVV. Causales de justificación en la doctrina y en la legislación penal colombiana., Iª Jornadas internacionales de derecho penal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978.
- Cancio Meliá/Gómez-Jara Díez* (eds.) *Cancio Meliá, Manuel y Gómez-Jara Díez, Carlos* (eds.), Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión, Buenos Aires, EDISOFER – BdeF, 2006.
- Cancio Meliá* en *Cancio Meliá, Manuel*, “¿Prevenir riesgos o confirmar normas? La teoría funcional de la pena de Günther Jakobs. Estudio preliminar”, en Jakobs,



## Bibliografía

- Cortes Rodas RIFP 20 (2002)* *Cortes Rodas, Francisco*, “El Estado, el derecho y la moral en el pensamiento político de Kant”, en *Revista Internacional de Filosofía Política*, Madrid, UNED-UAM, N. 20, Dic, 2002, p. 127
- CounttheCost 50 years of the war on drugs* *CounttheCost*, “La Guerra contra las drogas. Socavando los derechos humanos”, en *Countthecost. 50 years of the war on drugs*, disponible en <http://www.countthecosts.org/es/los-siete-costos/socavando-los-derechos-humanos>.
- Cuerda Arnau* *Cuerda Arnau, Maria Luisa*. El miedo insuperable. Su delimitación frente al estado de necesidad, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.
- Cuerda Riezu* *Cuerda Riezu, Antonio*, La colisión de deberes en derecho penal, Madrid, Tecnos, 1984.
- Cuerda Riezu InDret 2/2014* *Cuerda Riezu, Antonio*, “La prueba de las eximentes en el proceso penal ¿Obligación de la defensa o la acusación”, en *InDret 2/2014 – Revista para el análisis del derecho -*, Barcelona, pp. 1-18.
- Daval Dikaiosyne Vol. 3 N. 3-4* *Daval, Roger*, “La metafísica de Kant”, en *Dikaiosyne*, Mérida-Venezuela, Universidad de los Andes, Vol. 3, N. 3-4, traducido por Eduardo Vásquez, junio, 2000, p. 170.
- De Giorgi en RCPP 2 (2012)* *De Giorgi, Alessandro*, “Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa”, en *Revista Crítica Penal y Poder, Observatorio del sistema penal y los derechos humanos*, Universidad de Barcelona, 2012, n 2, p. 151.
- De la Cuesta Arzamendi en CGPJ (1999)* *De la Cuesta Arzamendi, José Luis*, “La política criminal en materia de drogas en España, tras el nuevo Código Penal”, en *CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial. Política Criminal Comparada, Hoy y Mañana*, Madrid, 1999, pp. 87-135.
- De La Cuesta Arzamendi/Blanco Cordero en Vega (coord.)* *De La Cuesta Arzamendi, José Luis/ Blanco Cordero, Isidoro*, “¿Es posible la normalización de las drogas? Perspectiva jurídico penal”, en *A. Vega (coord.), Drogas. Qué política para qué prevención*, San Sebastián, 2002, pp. 187–214.
- De Toledo y Ubieto/Huerta Tolcido* *De Toledo y Ubieto, Emilio Octavio/ Huerta Tolcido, Susana*, Parte General, teoría jurídica del delito, Madrid, Ed. Rafael Castellanos, 2ª edición, 1986.
- Del Olmo 1992* *Del Olmo, Rosa*, ¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1992.
- Del Olmo en ¿Prohibir o domesticar?* *Del Olmo, Rosa*, “Un nuevo orden económico de las drogas”, en *Rosa del Olmo, ¿Prohibir o domesticar? Políticas de drogas en América Latina*, Editorial Nueva Sociedad, Caracas, 1992, p. 72.
- Del Olmo 1988* *Del Olmo, Rosa*, La cara oculta de la droga, Bogotá, Temis, 1988.

## Bibliografía

- Delonge* *Delonge, Franz-Beno*, Die Interessenabwägung nach § 34 StGB und ihr Verhältnis zu den übrigen Rechtfertigungsgründen, München, VVF, 1988.
- Dencker NJW 2004* *Dencker, Friedrich*, Der verschuldete rechtfertigende Notstand - BayObLG, en NJW 2004, p. 2046.
- Domínguez Izquierdo 2003* *Domínguez Izquierdo, Eva Maria*, “Delito de tráfico de drogas: las causas de justificación y las circunstancias modificativas que agravan la responsabilidad penal” en Morillas Cueva, L (coord.), Estudios Jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines. Dickinson, Madrid. 2003.
- Donini/Papa (eds.)* Donini, Massimo/Papa, Michele (eds.) Diritto penal del nemico. Un dibattito internazionale, Giuffrè, 2007.
- Niederschriften* *Deutschland, Bundesrepublik, Große Strafrechtskommission*, Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission, Bonn, [s.n.], 1956-1960.
- Díaz Palos en NEJ T. VIII* *Díaz Palos, Fernando*, “Estado de Necesidad”, en Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo VIII, Barcelona, Francisco Seix, (1956), pp. 904-912.
- Diettrich* *Diettrich, Stefanie*, Organentnahme und Rechtfertigung durch Notstand?: zugleich eine Untersuchung zum Konkurrenzverhältnis von speziellen Rechtfertigungsgründen und rechtfertigendem Notstand gem. § 34 StGB, Frankfurt aM, Lang, 2003.
- Díez Ripollés en ADPCP 40, Fasc/Mes 2, 1987* *Díez Ripollés, José Luis*, "La política sobre drogas en España a la luz de las tendencias internacionales. Evolución reciente", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales Tomo 40, Fasc/Mes 2, 1987, pp. 347-400.
- Díez Ripollés/García Pérez (Coord.)* *Díez Ripollés, José Luis/García Pérez, Octavio (Coord.)*, La política legislativa penal iberoamericana en el cambio de siglo. Una perspectiva comparada (2000-2006), Edisofer-B de F, Buenos Aires, 2008.
- Dimitratos* *Dimitratos, Nikolaus*, Das Begriffsmerkmal der Gefahr in den strafrechtlichen Notstandsbestimmungen, München, VVF, 1989.
- Dölling en GA 1984* *Dölling, Dieter*, „Fahrlässige Tötung bei Selbstgefährdung des Opfers“, GA 1984, pp. 70-94.
- Domínguez Izquierdo en Estudios jurídico-penales 2003* *Domínguez Izquierdo, Eva María*, “El delito de tráfico de drogas: las causas de justificación y las circunstancias modificativas que agravan la responsabilidad penal”, en AAVV, Estudios jurídico-penales y político criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines, Madrid, Dykinson, 2003, p. 231-274.
- Doug Husak* *Doug Husak, Peter de Marneffe*, The Legalization of Drugs, Cambridge, CU Press, 2005.
- Drucker PHR 1999* *Drucker, Ernest*, “Drug Prohibition and Public Health: 25 Years of Evidence“,

*Bibliografía*

- Jan-Feb; 114(1) en Public Health Rep. 1999 Jan-Feb; 114(1) pp. 14–29.
- DuPont/Voth* en Ann Intern Med 123 (1995) *DuPont, Robert L./Voth, Eric A.*, "Drug Legalization, Harm Reduction, and Drug Policy" en Annals of Internal Medicine 123 (1995), pp. 461-465.
- Durkheim* *Durkheim, E.*, Las reglas del método sociológico, Fondo de Cultura Económica, México, 2001.
- Eb. Schmidt* ZStW 49 (1929) *Eb. Schmidt*, „Das Reichsgericht und der „übergesetzliche Notstand“, en ZStW 49 (1929) p. 350 ss.
- Endriß/Malek* *Endriß, Rainer/Malek, Klaus*, Betäubungsmittelstrafrecht, München, Beck, 1986.
- El Colombiano* Entrevista a Gil Kerlikoswkw (5.05.2013) *El Colombiano*, “E.U. cierra era en el combate a las drogas: Kerlikowske”, Entrevista a Gil Kerlikoswkw, zar antidrogas de EE.UU., publicada en El Colombiano el 5 de mayo de 2013 (consultado en [www.elcolombiano.com](http://www.elcolombiano.com), el 08/05/2013).
- Erhardt/Leineweber/Ahlf (eds.) Elmar Erhardt/Heinz Leineweber/Ernst-Heinrich Ahlf (eds.), Drogen und Kriminalität: Beiträge, Forschungsberichte und Materialien aus dem Kriminalistischen Institut, Wiesbaden, Bundeskriminalamt, 1993
- Erler/Kaufmann/Stammler (eds.) Erler, Adalbert/Kaufmann, Ekkehard/Stammler, Wolfgang (eds.), Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte, HRG, Berlin, Schmidt, 1984.
- Escobar Marulanda, 2010* *Escobar Marulanda, Juan Gonzalo* “Extranjeros y prisiones”, en REJ – Revista de Estudios de la Justicia – N° 12 – Año 2010
- Escobar Marulanda en Velásquez Velásquez et. Alt (coords.)* *Escobar Marulanda, Juan Gonzalo*, “Retomando las drogas: desmontando las guerras”, en Derecho penal y crítica al poder punitivo del Estado. Libro homenaje al profesor Nodier Agudelo Betancur, Vol. 1. Velásquez Velásquez et. Alt (coords.), Universidad de los Andes – Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 2013, pp. 137 – 161.
- Escohotado* *Escohotado, Antonio*, Historia general de las drogas, España, Espasa-libros, 2008.
- Eser/Fletcher/Autor Eser/Fletcher (eds.), Rechtfertigung und Entschuldigung, Freiburg, Max Planck Institut, 1987.
- Estermann en Estermann (ed.)* *Estermann*, „Die Verfolgung von Drogendelikten“, en Estermann, Josef (ed.), Auswirkungen der Drogenrepression: illegale Drogen: Konsum, Handel, Markt und Prohibition, Berlin, VWB, Verl. für Wiss. und Bildung, 1997, p. 75 ss.
- Esterman (ed.) Estermann, Josef (ed.), Auswirkungen der Drogenrepression: illegale Drogen: Konsum, Handel, Markt und Prohibition, Berlin, VWB, Verl. für Wiss. und Bildung, 1997.

## *Bibliografía*

- Estrada Vélez* 1986      *Estrada Vélez, Federico*, Derecho Penal. Parte General, Bogotá, editorial Temis, 2ª edición, 1986.
- EMCDDA/Rödner*  
(ed.) 2008      *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*. Sharon Rödner Sznitman (ed.), A cannabis reader: global issues and local experiences; perspectives on cannabis controversies, treatment and regulation in Europe, Luxembourg, Off. for Off. Publ. of the Europ. Communities, 2008.
- EMCDDA* 2010      *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*, Cocaine: a European Union perspective in the global context, Luxembourg, Office for Official Publ. of the European Communities, 2010.
- EMCDDA* 2011      *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*, Cost and financing of drug treatment services in Europe: an exploratory study, Luxembourg, Publ. Office of the European Union, 2011.
- EMCDDA* 2009a      *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*, Drug offences: sentencing and other outcomes, Luxembourg, Office for Official Publ. of the European Communities, 2009.
- EMCDDA* 2012      *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*, El problema de la drogodependencia en Europa, Luxembourg, Office for Official Publ. of the European Communities, 2012.
- EMCDDA* 2013      *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*, Informe Europeo sobre drogas, Luxembourg, Office for Official Publ. of the European Communities, 2013.
- EMCDDA* 2009      *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*, Polydrug use: patterns and responses, Luxembourg, Office for Official Publ. of the European Communities, 2009.
- EMCDDA* 2005-2012      *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*, Stand der Drogenproblematik in Europa: Jahresbericht, Luxemburg, Amt für Amtl. Veröff. der Europ. Gemeinschaften; EBDD, 2005-2012.
- EMCDDA* 2008      *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction*, Towards a better understanding of drug-related public expenditure in Europe, Luxembourg, Office for Official Publ. of the European Communities, 2008.
- EMCDDA* 2000      *European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction/ Fountain*, Jane E. (ed.), Understanding and responding to drug use: the role of qualitative research, Luxembourg, Office for Official Publ. of the Europ. Communities, 2000.
- F. Meyer* GA 2004      *F. Meyer*, „Die Problematik des Nötigungsnotstands auf der Grundlage des Solidaritätsprinzips“, en GA 2004, p. 356.
- Fasten*      *Fasten, Ines*, Die Grenzen der Notwehr im Wandel der Zeit, Hamburg, Kovac, 2011.

## Bibliografía

- Fellner* en HRW 2000 *Fellner, Jamie*, “Punishment and Prejudice: Racial Disparities in the War on Drugs”, en Human Rights Watch. United States of America. Report, Mayo/2000, pp. 28 ss. (Disponible en <http://www.hrw.org/reports/2000/usa/>).
- Fernández Carrasquilla* 1989 *Fernández Carrasquilla, Juan*, Derecho penal fundamental, Vol. II. Teoría general del delito y punibilidad, Bogotá, Editorial Temis, segunda edición, 1989.
- Ferrajoli*, 2004 *Ferrajoli, Luigi*, Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal, Madrid, Trotta, 6ª Aufl., 2004.
- Ferrajoli* en EC 1 (2008) *Ferrajoli, Luigi*, “La esfera de lo indecible y la división de poderes”, en Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, Año 6, N° 1, 2008, pp. 337-343.
- Ferrajoli* en JPD 57 (2006) *Ferrajoli, Luigi*, “El derecho penal de enemigo y la disolución del derecho”, Jueces Para la Democracia, Madrid, N° 57, 2006, pp. 3-10.
- Feuerbach* *Feuerbach, Johann Anselm Ritter v.*, Tratado de derecho penal común vigente en Alemania (Traducción al castellano de la 14ª edición alemana – Giessen 1847 – por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer), Buenos Aires, Hammurabi, 1989.
- Fichte* Tomo I/II *Fichte, Johann Gottlieb*, Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre Tomo I y II, Jena-Leipzig, Gabler, 1797.
- Filangieri* *Filangieri, Gaetano*, System der Gesetzgebung Tomo IV, Anspach, 1784.
- Foertsch/Lange (eds.) Foertsch, Volker/Lange, Klaus (eds.), Rauschgift, organisierte Kriminalität und Terrorismus, München, Hanns-Seidel-Stiftung, Akad. für Politik und Zeitgeschehen, 2007.
- Fort* Magistralis Vol. 11 N. 22 (2002) *Fort, Liliana*, “El político moralista y el moralista político. La relación entre teoría y práctica en la consideración kantiana de los Derechos Humanos”, en Magistralis, Puebla, Universidad Iberoamericana, Vol 11, N. 22, ene-dic, 2002, p. 98.
- Foucault, M* 1984 *Foucault, Michel* La verdad y las formas jurídicas. 2ª Reimpresión. Barcelona, Gedisa, 1984.
- Freudenthal* *Freudenthal, Berthold*, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht, Tübingen, Mohr, 1919.
- Frisch* FS Stree u. Wessels *Frisch, Wolfgang*, „An den Grenzen des Strafrechts“, en Küper/Welp (ed.), Festschrift für Walter Stree und Johannes Wessels zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1993, p. 69-106.
- Frisch* NSTZ 1991 *Frisch, Wolfgang*, „Selbstgefährdung im Strafrecht“, en NSTZ 1991, p. 1-7

## Bibliografía

- Frost* 2008 *Frost, Norbert*, Assessing illicit drugs in wastewater: potential and limitations of a new monitoring approach, Luxembourg, Office for Official Publ. of the Europ. Communities, 2008
- Gaitán Mahecha* 1963 *Gaitán Mahecha, Bernardo*, Curso de Derecho Penal General, Bogotá, ediciones Lerner, 1963.
- Gallahue/Lines* *Gallahue, P./Lines, R.*, The Death Penalty for Drug Offences - Global Overview 2010, Londres, International Harm Reduction association, 2010.
- Gallas* FS Mezger *Gallas, Wilhem*, „Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund“, en Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag: 15.10.1953, Bockelmann, Paul/Engisch, Karl (eds.), München, Beck, 1954, p. 311 ss.
- García España* 2001 *García España, Elisa*, Inmigración y delincuencia en España: análisis criminológico, Valencia, Tirant lo Blanch, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2001.
- García Valdés* en CDJ. DCSP 21 (1992) *García Valdés, Carlos*, “Dos aspectos de la represión penal del tráfico de drogas: la teoría del agente provocador y del delito provocado y el blanqueo del dinero procedente del delito”, en AAVV, Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la salud pública, n° 21 (1992), Madrid, pp.555-576.
- Garland* *Garland, David*, La Cultura del Control, Gedisa, Barcelona, 2005.
- Geerds* citado por Nestler *Geerds, Friederich*, „Straftaten gegen die Volksgesundheit“, en Materialien zur Strafrechtsreform, Tomo 2/II, 1855, p, 254. Citado por Nestler, Cornelius, „Grundlage und Kritik des Betäubungsmittelstrafrechts“, en Kreuzer (ed.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrecht, München, 1998, p. 711.
- Gehl* (ed.) *Gehl, Günter* (ed.), Geldwäschebekämpfung, Zeugenschutz, Gewinnabschöpfung: Wege zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität?; ein europäischer Vergleich, Weimar, Bertuch, 2004.
- Gersemann* *Gersemann, Olaf*, Kontrollierte Heroinabgabe: Optionen einer künftigen Drogenpolitik; eine ökonomische Betrachtung, Hamburg, S + W, Steuer- und Wirtschaftsverl., 1996.
- Gersemann* en Estermann (ed.) *Gersemann, Olaf*, „Auswege aus der repressiven Drogenpolitik: Die ökonomische Perspektive“, en Estermann, Josef (ed.), Auswirkungen der Drogenrepression: illegale Drogen: Konsum, Handel, Markt und Prohibition, Berlin: VWB, Verl. für Wiss. und Bildung, 1997, pp. 181 ss.
- Geschwinde* *Geschwinde, Thomas*, Rauschdrogen: Marktformen und Wirkungsweisen, Berlin, Springer Berlin, 2012
- Geyer* en HHDS *Geyer, August*, „Begriff und allgemeiner Tatbestand des Verbrechens“ en Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts IV, Berlin, 1879, p. 87 ss.
- Geyer* *Geyer, August*, Die Lehre von der Nothwehr: eine strafrechtliche Abhandlung,

- Jena, Mauke, 1857.
- Geyer 2005                      *Geyer, Thomas*, Freier Rausch für freie Bürger - Liberale Drogenpolitik als rationale Alternative, Alemania, Druck und Bindung, 2005.
- Giffen/Endicott/Lambert*      *Giffen, P.J./Shirley Endicott / Sylvia Lambert*. Panic and Indifference: The Politics of Canada's Drug Laws, Ottawa, Canadian Centre on Substance Abuse, 1991.
- Gilmore*                              *Gilmore, William*, Combating International Drugs Trafficking: The 1988 United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, London, Commonwealth Secretariat, 1991.
- Gimbernat Ordeig FS*              *Gimbernat Ordeig*, Der Notstand: Ein Rechtswidrigkeitsproblem, en FS Welzel  
Welzel                              *Gimbernat Ordeig*, Stratenwerth, Günter (ed.), Berlin, De Gruyter, 1974, p. 485 ss.
- Gimbernat Ordeig*                  *Gimbernat Ordeig, Enrique*, “justificación y exculpación en Derecho penal 1990  
1990                              español en la exención de responsabilidad por situaciones especiales de necesidad (legítima defensa, estado de necesidad, colisión de deberes)”, en Coloquio hispano-alemán de derecho penal, Friburg, 1990, p. 64.
- Gimbernat Ordeig en*              *Gimbernat Ordeig, Enrique*, „El Estado de necesidad: un problema de EDP  
EDP                              antijuridicidad“, en Gimbernat (ed.) Estudios de Derecho Penal, Madrid, Tecnos, 1990, pp. 218-230.
- Gimbernat Ordeig*                  *Gimbernat Ordeig, Enrique*, Introducción a la Parte General del Derecho Penal 1979  
1979                              Español, Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Sección de Publicaciones, 1979.
- Goldschmidt ÖZStR 4*              *Goldschmidt, James*, „Der Notstand, ein Schuldproblem“, en ÖZStR 4 (1913)  
(1913)                              pp. 129 ss.
- Goldschmidt DStrRZ*              *Goldschmidt, James*, Besprechung: *Freudenthal*, Schuld und Vorwurf, DStrRZ  
9 (1922)                              9 (1922) pp. 250 ss.
- Goldstein*                              *Goldstein, Margaret J.*, Legalizing Drugs: Crime Stopper Or Social Risk?, Minneapolis, Lerner Publishing, 2010.
- Gómez Aristizábal*              *Gómez Aristizábal, Horacio*, Inimputabilidad y exoneración en el nuevo 1981  
1981                              Código Penal –Comentarios–, Bogotá, Edit. Kelly, 1981.
- Gómez López 2003*              *Gómez López, Jesús Orlando*, Teoría del delito, Bogotá, ediciones Doctrina y Ley, 2003.
- Gómez Prada 1959*              *Gómez Prada, Agustín*, Derecho penal colombiano. Parte general, Bogotá, Editorial Temis, 2ª edición, 1959.
- González Zapata.                  González Zapata, Julio, “El consumo de marihuana. Aspectos penales y criminológicos”, Disponible en:

## Bibliografía

- [http://xa.yimg.com/kq/groups/13786338/660643078/name/gonzales\\_julio\\_-\\_el\\_consumo\\_de\\_marihuana.doc](http://xa.yimg.com/kq/groups/13786338/660643078/name/gonzales_julio_-_el_consumo_de_marihuana.doc), (consultado 19/03/2015)
- González Zorrilla* en Bergalli/Bustos Ramírez (coords.) *González Zorrilla, Carlos*, “Drogas y cuestión criminal”, en Bergalli, R./Bustos Ramírez, J., *et al.* (coords.) *El pensamiento criminológico. II. Estado y control*, Bogotá, Temis, 1983, pp. 179-220.
- González Zorrilla* en CDJ 4 (1999) *González Zorrilla, Carlos*, “Política(s) criminal(es) en materia de drogas (Prohibicionismo "versus" reducción de daños)”, en Cuadernos de derecho judicial, Larrauri, Elena (coord.), Nr. 4 (1999), pp. 233-245.
- González, C. et al.* *González, C. et al.*, *Repensar las drogas. Hipótesis de la influencia de una política liberalizadora respecto a las drogas*, Grupo IGIA, Tordera, 1989.
- Görg* 2010 *Görg, Sabine*, *Geldwäschebezogene Terrorismusbekämpfung: praktische Wirkung und kriminalpolitische Angemessenheit der Bekämpfungsmaßnahmen*, Frankfurt a. M., Lang, 2010.
- Graf zu Dohna* 1925 *Graf zu Dohna, Alexander*, *Recht und Irrtum: zwei Kernprobleme der Verbrechenslehre*, Mannheim, Bensheimer, 1925.
- Graf zu Dohna* *Graf zu Dohna, Alexander*, *Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestande strafbarer Handlungen: ein Beitrag zur allgemeinen Strafrechtlehre*, Halle, Weisenhaus, 1905.
- Gray* *Gray, James P.*, *Why Our Drug Laws Have Failed: A Judicial Indictment Of War On Drugs*, Philadelphia, Temple University, 2001.
- Grebing* GA 1979 *Grebing*, „Die Grenzen des rechtfertigenden Notstands im Strafrecht“, en GA 1979, p. 81 ss.
- Groizard y Gómez de la Serna* *Groizard y Gómez de la Serna*, *El Código Penal de 1870 concordado y comentado*, tomo I, Burgos, 1870.
- Gropengießer* Jura 2000 *Gropengießer*, „Das Konkurrenzverhältnis von Notwehr (§ 32 StGB) und rechtfertigendem Notstand (§ 34 StGB)“, en Jura 2000, p. 262 ss.
- Grünhut* ZStW 51 (1936) *Grünhut*, „Grenzen des übergesetzlichen Notstands“, en ZStW 51 (1936), p. 455 ss.
- Gülzow* *Gülzow, Hagen*, *Drogenmissbrauch und Betäubungsmittelgesetz. Eine kriminologische und rechtspolitische Untersuchung*, Heidelberg, Diss, 1978.
- Gusy* JZ 1994 *Gusy, Christopher*, „Anmerkung zu BVerfG, Beschluß v. 9.3.1994 – 2 BvL 43, 51, 63, 64, 70, 80/92, 2 BvR 2031/91“, en JZ 1994, p. 863 ss.
- Gutiérrez Gómez* 1940 *Gutiérrez Gómez, Jorge*, *Comentarios al Código Penal colombiano*, Bogotá, 1940.
- Haas* *Haas, Stephanie*, *Der Schutz der öffentlichen Gesundheit durch das*

- Betäubungsmittelrecht: eine Analyse des Rechtsguts der Volksgesundheit, Regensburg, Diss, 2001.
- Haberl* *Haberl, Günther*, Die Strafbarkeit des Umgangs mit „nicht geringen Mengen im Betäubungsmittelgesetz, Sinzheim, Diss., 1998.
- Haffke ZStW 107 (1995)* *Haffke, B.*, „Drogenstrafrechts“, en ZStW 107 (1995), p. 761-792.
- Haller/Aebi (eds.)* *Haller, Reinhard/Aebi, Marcelo F. (eds.)*, Drogen - Sucht - Kriminalität, Mönchengladbach, Forum-Verl. Godesberg, 2009.
- Hälschner* *Hälschner, Hugo*, System des Preußischen Strafrechtes. Parte 1: Allgemeiner Theil des Systems, Bonn, Marcus, 1858.
- Hanssen* *Hanssen, Christian*, "Trennung der Märkte": rechtsdogmatische und rechtspolitische Probleme einer Liberalisierung des Drogenstrafrechts, Frankfurt am Main, Lang, 1999.
- Harcourt* *Harcourt, Bernard*, Política criminal y gestión de riesgos. Genealogía y crítica, Ad-hoc, Buenos Aires, 2013.
- Harro Jura 1991* *Harro, Otto*, „Die Bedeutung der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung im Rahmen der Delikte gegen überindividuelle Rechtsgüter“, en Jura 1991 p. 343-346.
- Hartwig/Pies* *Hartwig, Karl-Hans/Pies, Ingo*, Rationale Drogenpolitik in der Demokratie: wirtschaftswissenschaftliche und wirtschaftsethische Perspektiven einer Heroingabe, Tübingen, Mohr, 1995.
- Hass* *Hass, Robert*, Notwehr und Nothilfe, Frankfurt aM., Bern 1978.
- Hassemer FS Kaufmann* *Hassemer, Winfried*, „Grundlinien einer personalen Rechtsgutlehre“, en Philipps/Scholler (eds.), Jenseits des Funktionalismus: Arthur Kaufmann zum 65 Geburtstag, Heidelberg 1989, pp. 85-94.
- Hassemer ZRP 1992* *Hassemer, Winfried*, „Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts“, en ZRP 1992, p. 378.
- Hassemer JuS 1987* *Hassemer, Winfried*, „Prävention im Strafrecht“, en JuS 1987, pp. 257-266.
- Hassemer NJW 1991* *Hassemer, Winfried*, „Rauschgiftbekämpfung durch Rauschgift? – BGH“, en NJW 1991, p. 2359, también en JuS 1992, p. 110-114.
- Hassemer NStZ 1989* *Hassemer, Winfried*, „Symbolisches Strafrecht und Rechtsgüterschutz“, en NStZ 1989, pp. 553 ss.
- Hassemer 1973* *Hassemer, Winfried*, Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutlehre, Frankfurt aM, 1973.
- Hassemer FS Coing* *Hassemer, Winfried*, „Über die Berücksichtigung von Folgen bei der

## *Bibliografia*

- Auslegung der Strafgesetze“, en Horn/Luig/Söllner (eds.), Europäisches Rechtsdenken in Geschichte und Gegenwart, Festschrift für Helmut Coing zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 1989, pp. 86 ss.
- Hauptmann* *Hauptmann, Walter*, Drogenpolitik ohne Strafrecht?, Wien, Verl. Österreich, 2000.
- Hefermehl* *Hefermehl, Hendrik*, Der verursachte entschuldigende Notstand, Tübingen, Diss., 1980.
- Hegel* *Hegel, Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Frankfurt/M., Ullstein, 1972.
- Heinitz FS Eb. Schmidt* *Heinitz, Ernst*, „Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit“, en FS Eb. Schmidt, Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (eds.), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 266 ss.
- Henkel* *Henkel, Heinrich*, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, München, Beck, 1932.
- Henkel 1927* *Henkel, Heinrich*, Die Rechtsnatur des Notstandes, Frankfurt am Main, 1927.
- Hess en Wense (ed.)* *Hess, Henner*, „Repression oder Legalisierung? Ein drogenpolitisches Nachwort“ ,en Bernd Wense (ed.), Drogenmärkte. Strukturen und Szenen des Kleinhandels, Frankfurt, Campus Verlag, 2000, pp. 375 ss.
- Hickman en AS Vol. 41 Nr. 1 (2000)* *Hickman, Timothy A.* "Drugs and Race in American Culture: Orientalism in the Turn-of-the-Century Discourse of Narcotic Addiction." *American Studies*, Vol. 41, No. 1, Spring 2000, p. 71-91.
- Hicks/Petrunik en CRSP 40 (1997)* *Hicks, David C./Petrunik, Michael G.* „The Best Intentions Are Not Enough: Drug Prohibition as a Failed Intervention Strategy“ en *Canadian Review of Social Policy* 40 (1997), p. 1-17.
- Hirsch 50 Jahre Bundesgerichtshof* *Hirsch, Hans Joachim*, „Rechtfertigungsfragen und Judikatur des Bundesgerichtshofs“, en 50 Jahre Bundesgerichtshof, Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, 2000, p. 224 ss.
- His 1920* *His, Rudolf*, Das Strafrecht des deutschen Mittelalters, Tomo II, Leipzig, Wacher 1920.
- His 1915* *His, Rudolf*, Geschichte des deutschen Strafrechts bis zur CCC, Leipzig, p. 34 ss.
- Hobbing* *Hobbing, Peter*, Strafwürdigkeit der Selbstverletzung: Der Drogenconsum im deutschen und brasilianischen Recht, Franfur aM, Diss., 1982.
- Hohmann NJW 1992* *Hohmann, Ralf*, „Ist die Strafbarkeit der Selbstbeschädigung verfassungswidrig? – BGH“, en *NJW* 1992, p. 2975.

## Bibliografía

- Hold v. Ferneck* *Hold v. Ferneck, Freiherrn Alexander*, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts. Tomo I y II: Notstand und Notwehr, Jena, Gustav Fischer, 1905.
- Holmes* 10 Harv. L. Rev. 457 (1897) *Holmes, O.W.*, "The path of the law", en 10 Harvard Law Review 457 (1897).
- Holzinger* *Holzinger, Michael*, Sucht und ihre soziale Kontrolle durch das geltende Recht, Frankfurt aM, Lang, 1998, pp. 112 ss.;
- Hoyer StV* 1993 *Hoyer, Andreas*, „Anmerkung zu BGH, Urt. v. 1.7.1992 – 2StR 191/92“, en StV 1993 p. 128-130.
- Hruschka NJW* 1980 *Hruschka, Joachim*, „Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?“, en NJW 1980, p. 21 ss.
- Hruschka JuS* 1979 *Hruschka, Joachim*, „Rettungspflichten in Notstandssituationen“, en Jus 1979, p. 385 ss.
- Hug-Beeli* *Hug-Beeli, Gustav*, Handbuch der Drogenpolitik: Tatsachen, Meinungen, Analysen, Lösungsvorschläge, Bern, Haupt, 1995.
- Inciardi (ed.)* *Inciardi, James A. (ed.)*, The Drug Legalization Debate, California, Sage Publication, 1999.
- Inkster/Comolli* *Inkster, Nigel/Comolli, Virginia*, Drogas, inseguridad y estados fallidos. Los problemas de la prohibición, Bogotá, Universidad de los Andes, 2013.
- LK/Autor* *Jähnke/Laufhütte/Odersky (ed.)*, Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Ed., Berlin, de Gruyter, 2006.
- Jakobs* *Jakobs, Günther*, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Die Grundlagen und die Zurechnungslehre, 2. Aufl., Berlin, de Gruyter, 1991.
- Janka* *Jank, Karl*, Der strafrechtliche Notstand, Erlangen, Deichert, 1878.
- Jenull* *Jenull, Sebastian*, Das Oesterreichische Criminal-Recht nach seinen Gründen und seinem Geiste, Austria, Ferstl., 1809.
- Jerouschek JuS* 2005 *Jerouschek, Günter*, „Gefahrenabwendungsfolter – Rechtsstaatliches Tabu oder polizeirechtlich legitimer Zwangseinsatz?“ en JuS 2005, p. 296 ss.
- Jescheck/Weigend* *Jescheck, Hans-Heinrich/Weigend, Thomas*, Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Berlin, Duncker & Humblot, 1996.
- Jiménez de Asúa* 1922 *Jiménez de Asúa, Luis*, El estado de necesidad en materia penal, con especiales referencias a las legislaciones española y argentina, Buenos Aires, Talleres Gráficos de La Penitenciaría Nacional, 1922.
- MüKoStGB/Autor* *Joecks et al. (ed.)*, Münchener Kommentar zum StGB und Nebenstrafrecht,

## Bibliografía

- München, Beck, 2003.
- Kanitscheider (ed.) Kanitscheider, Bernulf (ed.), Drogenkonsum - bekämpfen oder freigeben?, Stuttgart, Hirzel, 2000
- Kant* 1993 *Kant, Immanuel*, La metafísica de las costumbres, Barcelona, Altaya, 1993.
- Kant* 1974 *Kant, Immanuel*, Principios metafísicos del derecho, Argentina, Americalee, 1974.
- Kaufmann* FS *Kaufmann, Arthur*, “Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidungen. Dargestellt am Problem des Schwangerschaftsabbruchs“ en Schroeder/Zipf (eds.) Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe, Müller, 1972, pp. 327-346.
- Kelker* *Kelker, Brigitte*, Der Nötigungsnotstand, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.
- Kennedy* en Doxa 11 (1992) *Kennedy, D.*, “Notas sobre la historia de CLS en la historia de Estados Unidos”, en Doxa 11 (1992), pp. 283-293.
- Kettil/Pan/Rexed* *Kettil, Bruun/Pan, Lynn/ Rexed, Ingemar*, The Gentlemen’s Club: International Control of Drugs and Alcohol, Chicago, University of Chicago Press, 1975.
- Kinder* en Walker III (ed.) *Kinder, Douglas Clark*. “Shutting Out the Evil: Nativism and Narcotics Control in the United States”, en Walker III (ed.), Drug Control Policy: Essays in Historical and Comparative Perspective. University Park, Pennsylvania, Pennsylvania State University Press, 1992, p. 117-142.
- Kindhäuser*, LPK-StGB *Kindhäuser*, StGB, Lehr- und Praxiskommentar, 3. Ed., 2006
- NK/Autor *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), Nomos Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Ed., Baden-Baden, Nomos-Verl.-Ges., 2005.
- Kirschner* *Kirschner, Renate*, Jugend und illegale Drogen in Ostdeutschland: eine bevölkerungsrepräsentative Längsschnittuntersuchung, München, Profil, 1996.
- Knauß/Erhardt* *Knauß, Ina/Erhardt, Elmar*, Freigabe von Drogen: Pro und Contra: Literaturanalyse, Wiesbaden, Bundeskriminalamt, 1993.
- Kniesel* en ZRP 1994 *Kniesel, Michael*, „Nach der Entscheidung des BVerfG zur Strafbarkeit weicher Drogen: Anfang vom Ende der Drogenpolitik durch Strafrecht“, en ZRP 1994, p. 352.
- Koboldt* *Koboldt, Christian*, Ökonomik der Versuchung: Drogenverbot und Sozialvertragstheorie, Tübingen, Mohr, 1995.
- Köhler* *Köhler, Josef*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Tomo I: Allgemeiner Teil, Berlin, Heymann, 1906.
- Köhler* ZStW 104 *Köhler, Michael*, „Freiheitliches Rechtsprinzip und

## Bibliografia

- (1992) Betäubungsmittelstrafrecht“, en ZStW 104 (1992) pp. 3-64.
- Köhler* en Neumeyer/Schaich-Walch (ed.) *Köhler, Michael*, „Grundsatzkritik des Betäubungsmittelstrafrecht“, en Neumeyer/Schaich-Walch (ed.), Zwischen Legalisierung und Normalisierung. Ausstiegsszenarien aus der repressiven Drogenpolitik, Margburg, 1992, p. 168-178.
- Köhler* MDR 1992 *Köhler, Michael*, „Rechtsgut. Tatbestandsstruktur und Rechtswidrikeitszusammenhang“, en MDR 1992, pp. 739-741.
- Köhler* 2008 *Köhler, Thomas*, Rauschdrogen: Geschichte, Substanzen, Wirkung, München, Beck, 2008.
- Köhler* 1997 *Köhler, Michael*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Berlin, Springer, 1997.
- KAV (Coord.) Kommunale Ausländerinnen- und Ausländervertretung (KAV) der Stadt Frankfurt am Main (Coord.)/Bahman Nirumand (ed.), Drogen und Migration: Dokumentation der Anhörung am 4. März 1996 zur Situation drogenabhängiger und -gefährdeter junger Menschen ausländischer Herkunft in Frankfurt am Main, Bonn, Forum-Verl. Godesberg, 1996.
- König/Kreuzer* *König, Wolfgang/Kreuzer, Arthur*, Rauschgifttodesfälle: kriminologische Untersuchung polizeilicher Mortalitätsstatistiken, Mönchengladbach, Forum-Verl. Godesberg, 1998.
- Körner* StV 1991 *Körner, Harald Hans*, „Legalisierung und Abschaffung des Drogenstrafrechts, Lösung oder Scheinlösung des Drogenproblems“, en StV 1991, pp. 578-580.
- Körner* 2011 *Körner, Harald Hans*, Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, München, 5 ed., 2011.
- Köstlin* 1845 *Köstlin, Reinhold*, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen, Laupp, 1845.
- Köstlin* 1855 *Köstlin, Reinhold*, System des deutschen Strafrechts: Tomo I Allgemeiner Teil, Aalen, Scientia-Verl., 1978 = 1855.
- Krajewski* en IJDP 10 (1999) *Krajewski, Krzysztof*. “How flexible are the United Nations drug conventions?”, en International Journal of Drug Policy, No. 10, 1999, p. 329-338.
- Kretschmer* Jura 2005 *Kretschmer, Joachim*, „Der Begriff der Gefahr in § 34 StGB“, en Jura 2005, p. 662 ss.
- Kreuzer/Wille* *Kreuzer, Arthur/Wille, Rolf*, Drogen - Kriminologie und Therapie: mit einer ausführlichen Darstellung aktueller Drogenprobleme einschließlich Aids, Heidelberg, Decker & Müller, 1988.
- Kreuzer* FS Miyasawa *Kreuzer, Arthur*, „Betäubungsmittelstrafrecht – Gedanken, Befunde, Kritik“, en Festschrift für Koichi Miyasawa, Baden-Baden, 1995, pp. 177-198.

## Bibliografía

- Kreuzer* NJW 1994 *Kreuzer, Arthur*, „Die Haschisch-Entscheidung des BVerfG“, en NJW 1994, p. 2400.
- Krumdiek* *Krumdiek, Nicole*, Die national- und internationalrechtliche Grundlage der Cannabisprohibition in Deutschland: eine Untersuchung unter Einbeziehung des aktuellen Forschungsstandes hinsichtlich der gesundheitlichen und sozialen Auswirkungen des Konsums von Cannabis, Berlin, LIT, 2006.
- Kühl* FS Hirsch *Kühl, Kristian*, „Freiheit und Solidarität bei den Notrechten“, en FS Hirsch, Weigend, Thomas (ed.), Berlin, De Gruyter, 1999, p. 259 ss.
- Kühl* FS Lenckner *Kühl, Kristian*, „Zur rechtsphilosophischen Begründung des rechtfertigenden Notstand“, en FS Lenckner, Albin Eser (ed.), München, Beck, 1998, p. 143 ss.
- Kühl* *Kühl, Kristian*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 6. Ed., 2008.
- Kühl/Lackner* *Kühl, Kristian/Lackner, Karl*, Strafgesetzbuch Kommentar, 77. Ed., München, Beck, 2011.
- Küper* 1979 *Küper, Wilfried*, Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 1979.
- Küper* 1999 *Küper, Wilfried*, Immanuel Kant und das Brett des Carneades: das zweideutige Notrecht in Kanst Rechtslehrer, Heildelberg, Müller, 1999.
- Küper* JZ 1983 *Küper, Wilfried*, „Der entschuldigende Notstand – ein Rechtfertigungsgrund?“, en JZ 1983, p. 88.
- Küper* JuS 1987 *Küper, Wilfried*, „Grundsatzfragen der „Differenzierung“ zwischen Rechtfertigung und Entschuldigung“, en JuS 1987, p. 81 ss.
- Küper* JuS 1971 *Küper, Wilfried*, „Noch einmal: Rechtfertigender Notstand, Pflichtenkollision und übergesetzliche Entschuldigung“, en JuS 1971, p. 474.
- Küper* FS Rudolphi *Küper, Wilfried*, „Notstand und Zeit. Die „Dauergefahr“ beim rechtfertigenden und entschuldigenden Notstand“, en FS Rudolphi, Klaus Rogall (ed.), Neuwied, Luchterhand, Wolters Kluwer, 2004, p. 151 ss.
- Küper* JZ 2005 *Küper, Wilfried*, „Von Kant zu Hegel. Das Legitimationsproblem des rechtfertigenden Notstandes und die freiheitsphilosophischen Notrechtslehren“, en JZ 2005, p.105 ss.
- Küper* JZ 1976 *Küper, Wilfried*, „Zum rechtfertigenden Notstand bei Kollision von Vermögenswerten“, en JZ 1976, p. 515 ss.
- Kurt von Es* *Kurt von Es*, Drogenszene Europa: Politik zwischen Repression und Duldung, Hamburg, Rasch und Röhring, 1995.
- Labrousse* en *Labrousse, A.*, “La cooperación en materia de drogas entre la Unión Europea y América Latina”, en Camacho, Álvaro (ed.), Narcotráfico: Europa, Estados

*Bibliografía*

- Camacho (ed.) Unidos, América Latina, Universidad de los Andes, Bogotá, 2006.
- Lagodny* Lagodny, Otto, Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte: die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik ; dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung, Tübingen, Mohr, 1996.
- Lamo de Espinosa* *Lamo de Espinosa, Emilio*, Delitos sin víctima. Orden social y ambivalencia moral, Alianza, Madrid, 1993.
- Larrauri Pijoán en Hassemer/Larrauri (1997)* *Larrauri Pijoán, Elena*, “Causas de justificación”, en Hassemer/Larrauri Pijoán. Justificación material y justificación procedimental, Madrid, Tecnos, 1997.
- Lascurain Sánchez (1998)* *Lascurain Sánchez, Juan Antonio*, “La proporcionalidad de la norma penal” en Cuadernos de Derecho Público. Nº 5, 1998, pp. 159-190.
- Laurent en Gaviria Uribe/Mejía Londoño (comp.)* *Laurent, Muriel*, “Colombia y Europa frente a las drogas: desencuentro pero cooperación”, en Alejandro Gaviria Uribe y Daniel Mejía Londoño (comp.), Políticas antidroga en Colombia: éxitos, fracasos y extravíos, Bogotá, Universidad de los Andes, 2011.
- Lee Hyung Kook* *Lee Hyung Kook*, Interessenabwägung und Angemessenheitsprüfung im rechtfertigenden Notstand des § 34 StGB, Diss. Heidelberg, 1978.
- Legnaro/Schmieder (eds.)* Legnaro, Aldo / Schmieder, Arnold (eds.), Kontrollierter Drogenkonsum - Drogenkonsum als Lebenskontrolle, Berlin, Lit, 2006.
- Lemaitre/Albarracín en Gaviria Uribe/Mejía Londoño (comp.)* *Lemaitre/Albarracín*, “Patrullando la dosis personal: la represión cotidiana y los debates de las políticas públicas sobre el consumo de drogas ilícitas en Colombia”, donde se concluye que “el porte y consumo de la dosis personal en ciertas circunstancias no han dejado de ser reprimidos por la policía, sin importar el derecho al libre desarrollo de la personalidad”, en Gaviria y Mejía (comp.), Políticas antidroga en Colombia: Éxitos, fracasos y extravíos, Universidad de los Andes, Bogotá, 2012, p. 242.
- Lenckner* *Lenckner, Theodor*, Der rechtfertigende Notstand: zur Problematik der Notstandsregelung im Entwurf eines Strafgesetzbuches, Tübingen, Mohr, 1965.
- Lenckner GA 1985* *Lenckner, Theodor*, „Der Grundsatz der Güterabwägung als Grundlage der Rechtfertigung“, en GA 1985, p. 295 ss.
- Leuw, Ed./I. Haen Marshall (eds.)* Leuw, Ed./I. Haen Marshall (eds.), Between Prohibition and Legalization: The Dutch Experiment in Drug Policy, Amsterdam, Kugler Publications, 1994.
- Levita* *Levita, Carl*, Das Recht der Notwehr: eine strafrechtliche Abhandlung, Giesen, Ricker, 1856.
- Lines en I.J.H.R.D.P.* *Lines, R.* “Deliver us from evil? – The single convention on narcotic drugs, 50

## Bibliografía

- 1 (2010) years”, en *International journal on human rights and drug policy*, vol 1, 2010, pp. 3 ss.
- Loos* en JR 1982 *Loos, F.*, „Zur Frage der fahrlässigen Tötung durch Abgabe von Heroin, Anmerkung zu Urt. Des BHG 1 StR 121/81“, en JR 1982 pp. 341-343.
- Loos* 1991 *Loos, Peter*, *Drogendelinquenz und Kriminologie*, Landsberg/Lech, ecomed, 1991.
- López Díaz*, Traducción StGB *López Díaz, Claudia* (Traductora), *Código Penal alemán (StGB)*. Del 15 de mayo de 1871, con la última reforma del 31 de enero de 1988, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- Lowes* *Lowes, Peter D.*, *The Genesis of International Narcotics Control*, Geneva, Librairie Droz, 1966.
- Lozano y Lozano* 1950 *Lozano y Lozano, Carlos*, *Elementos del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia-Sección de Extensión Cultural, 1950.
- Luden*, 1847 *Luden, Heinrich*, *Handbuch des teutschen gemeinen und particularen Strafrechts*, Jena, Luden, 1847.
- Luden* 1840 *Luden, Heinrich*, *Über den Thatbestand des Verbrechens nach gemeinem teutschen Rechte*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1840.
- Luzón Cuesta, José* 1996 *Luzón Cuesta, José Ma.*, *Compendio de derecho penal, parte general*, 2ª edición, Madrid, Dykinson, 1996.
- Luzón Peña, Diego-Manuel* *Luzón Peña, Diego-Manuel*. *Curso de derecho penal, Parte General, I*, Editorial Universitas S.A., 1996.
- Lyman/Potter* *Lyman, Michael D. / Potter, Gary W.*, *Drugs in Society: Causes, Concepts and Control*, USA, Bender & Company, 2011.
- M. E. Mayer* AT *M. E. Mayer*, *Derecho Penal, Parte General* (Traducción de Sergio Politoff Lifschitz de la edición alemana de 1915), Buenos Aires, B de F., 2007.
- Maier* 2002 *Maier, Julio B. J.*, *Derecho procesal penal. II. Parte General. Sujetos procesales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2002.
- Maier* 2003 *Maier, Julio B. J.*, *Derecho procesal penal. II. Parte General. Sujetos procesales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2003.
- Maier* 2011 *Maier, Julio B. J.*, *Derecho procesal penal. III. Parte General. Actos procesales*, Buenos Aires, Ed. Del Puerto, 2011.
- Manderson* 1993 *Manderson, Desmond*, *From Mr. Sin to Mr. Big*, Oxford, Oxford University Press, 1993.
- Manna/Ricciardelli* en Albrecht/Kalmthout *Manna, A./Ricciardelli, E. Barone*, “The limitations and formalities of criminal law provisions concerning Narcotics: Consideration on legislation in Italy”, en

## Bibliografía

- (eds.) Albrecht/Kalmthout (eds.), *Drug policies in Western Europe*, Freiburg i. Br., Max-Planck-Inst. für ausländisches und internationales Strafrecht, 1989, pp. 195 ss.
- Manzanares Samaniego/Albacar Lopez* *Manzanares Samaniego/Albacar Lopez*, Código Penal, comentarios y jurisprudencia, Granada, Comares, 1987.
- Maqueda Abreu 1998* *Maqueda Abreu, M L*, “Jurisprudencia penal e interpretación teleológica en materia de drogas”, en *La Ley*, nº 5, 1998.
- Marezoll* *Marezoll, Gustav Ludwig Theodor*, *Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzbuchungen*, Leipzig, Barth, 1847.
- María Crehuet* *María Crehuet, Diego*, Memoria elevada al Gobierno de S. M. en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1927 por el Fiscal del Tribunal Supremo, Madrid, Reus, pp. 141-143.
- Marie* *Marie, Doris*, *Provine Unequal under Law: Race in the War on Drugs*, Chicago, Universidad de Chicago, 2007.
- Marquardsen* *Marquardsen, Heinrich*, „Die Lehre vom Nothstande mit Beziehung auf einen merkwürdigen Rechtsfall mitgeteilt“, en *Archiv d. Criminalrechts*, 2. N. F., 24 (1857).
- Martínez Ruiz en La Ley 4 (1997)* *Martínez Ruiz, Jesús*, “Dos puntos oscuros en el tratamiento de la drogadicción: El estado de necesidad y la actio libera in causa”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía* 4 (1997), pp. 1300-1304.
- Maurach AT* *Maurach, Reinhart*, *Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 4. Ed., Kahlruhe, Müller, 1971.
- Maurach* *Maurach, Reinhart*, *Kritik der Notstandslehre*, Berlin, Heymanns, 1935.
- Maurach/Schroeder/Maiwald* *Maurach/Schroeder/Maiwald*, *Strafrecht. Besonderer Teil*, Tomo 2, Heidelberg, 8a. ed., 1999.
- Maurach/Zipf* *Maurach/Zipf*, *Derecho penal, Parte General Tomo I*, (Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson), Buenos Aires, Editorial Astrea, 1994.
- Mayer AT* *Mayer, Hellmuth*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Stuttgart, Kohlhammer, 1954.
- McAllister en Walker III (ed.)* *McAllister, William B.* "Conflicts of Interest in the International Drug Control System" en Walker III, William O. (ed.), *Drug Control Policy: Essays in Historical and Comparative Perspective*. University Park, Pennsylvania, Pennsylvania State University Press, 1992, pp. 143-166.

## Bibliografía

- McAllister* 2000 *McAllister, William B.*, Drug Diplomacy in the Twentieth Century, London - New York, Routledge, 2000.
- McGregor* en EMCDDA *McGregor, Susanne*, “Social Exclusion: an Overview”, en European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction/ Fountain, Jane E. (ed.), Understanding and responding to drug use: the role of qualitative research, Luxembourg, Office for Official Publ. of the Europ. Communities, 2000, pp. 119 ss.
- Meißner* *Meißner, Andreas*, Die Interessenabwägungsformel in der Vorschrift über den rechtfertigenden Notstand ( 34 StGB), Berlin, Duncker u. Humblot, 1990.
- Melossi* en RAD 3 (2013) *Melossi, Darío*, “En la intersección del Derecho, las migraciones y la economía: comparando los EUA y Europa”, en Revista para el Análisis del Derecho 3 (Julio-2013), Barcelona, pp. 1-17.
- Mendoza Buergo* en RDPPC 9 (2002) *Mendoza Buergo, B.*, “La configuración del injusto (objetivo) de los delitos de peligro abstracto”, en RDPPC, 2ª época, 9 (2002), Madrid, UNED, pp. 39-82.
- Merkel* *Merkel, R.*, Die Kollision rechtmäßiger Interessen und die Schadenersatzpflicht bei rechtmäßigen Handlungen: Im Hinblick auf den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich in zweiter Lesung, 1895.
- Meyer* *Meyer, Hugo*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Erlangen, 1888.
- Meza Morales, 1997 *Meza Morales, Fernando*. „Estado de necesidad: naturaleza jurídica consecuencias“ en *Estudios de Derecho*. Universidad de Antioquia, vol. 056, No. 127, marzo de 1997.
- Mezger* *Mezger, Edmund*, Derecho Penal, Parte General, México, Cárdenas, 1990.
- Mezger* GS 89 *Mezger, Edmund*, Die subjektiven Unrechtselemente, GerSaal 89, p. 207.
- Mir Puig* en ADPCP (MCMXCIV) *Mir Puig, Santiago*, “Antijuridicidad objetiva y antinormatividad en derecho penal”, en ADPCP, enero-abril, 1994.
- Mir Puig* en Homenaje a Pérez-Vitoria *Mir Puig, Santiago*, “Problemas de estado de necesidad en el art. 8.7 Código Penal”, en Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria, España, Bosch, 1983, pp. 501-520.
- Mir Puig* 2002 *Mir Puig, Santiago*, Derecho penal. Parte general, 6º edición, editorial Reppertor, Barcelona, 2002.
- Monclús Masó* 2008 *Monclús Masó, Marta*, La gestión penal de la inmigración: el recurso al sistema penal para el control de los flujos migratorios, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2008.
- Moreso* en DOXA 24 *Moreso, Juan José*, “Principio de legalidad y causas de justificación”, en Revista DOXA, N° 24, Departamento de filosofía del derecho, Universidad de Alicante, pp. 5-54.

## Bibliografía

- Müller-Christmann* JuS 1995 *Müller-Christmann*, „Der entschuldigende Notstand“, en JuS 1995, pp. 65 ss.
- Muñoz Conde* en Eguzkilore CIVC 5 (1991) *Muñoz Conde, Francisco*, “Drogas y derecho penal”, en Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología 5 (1991), San Sebastián, pp. 147-158.
- Muñoz Conde/Aunión Acosta* en Díez Ripollés (Coord.) *Muñoz Conde, Francisco/Aunión Acosta, Bella*, “Drogas y derecho penal”, en [La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada](#), José Luis Díez Ripollés (Coord.), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1993, p. 570.
- Muñoz Conde* 1999 *Muñoz Conde, Francisco*, Derecho penal. Parte especial, duodécima edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Muñoz Conde/ García Arán* 2002 *Muñoz Conde, Francisco/García Arán, Mercedes*, Derecho penal. Parte general, 5º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- Muñoz Sánchez/ Díez Ripollés* *Muñoz Sánchez, Juan y Díez Ripollés, José Luis* (Dir.), Las drogas en la delincuencia: su tratamiento en la Administración de Justicia, Málaga, Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología, 2002.
- Musto* *Musto, David F*, The American Disease: Origins of Narcotic Control, Third Edition. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- Nagler* *Nagler, Johannes*, „Der Begriff der Rechtswidrigkeit“, en Festgabe für Reinhard von Frank zum 70 Geburtstag am 16. August 1930 Tomo I, August Hegler (ed.), Tübingen, Mohr, p. 328 ss.
- Nestler* en Handbuch des BtMG *Nestler, Cornelius*, „Grundlage und Kritik des Betäubungsmittelstrafrechts“, en Kreuzer (ed.), Handbuch des Betäubungsmittelstrafrecht, München, 1998, pp. 702-860.
- Nestler-Tremel, Cornelius* StV 1992 *Nestler-Tremel, Cornelius*, „Anmerkung zu BGH. Beschluss v. 25.9.1990“, en StV 1992, pp. 272-278.
- Neumann* JA 1988 *Neumann, Ulfired*, „Der strafrechtliche Nötigungsnotstand – Rechtsfertigungs-oder Entschuldigungsgrund?“, en JA 1988, p. 329 ss.
- Noll* en Bulletin on Narcotics 4 (1977) *Noll, Alfons*, "Drug abuse and penal provisions of the international drug control treaties", en Bulletin on Narcotics, Vol. XXIX, No. 4, October/December 1977, p. 41-57.
- Oetker* *Oetker, Friedrich*, Über Notwehr und Notstand nach den §§ 227, 228, 904 des bürgerlichen Gesetzbuchs, Leipzig, Deichert, 1903.
- O’Gorman* en EMCDDA 2000 *O’Gorman, Aileen*, “Understanding the social exclusion-Problem drug use nexus”, en European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction/ Fountain, Jane E. (Ed.), Understanding and responding to drug use: the role of qualitative research, Luxembourg: Office for Official Publ. of the Europ. Communities, 2000, pp. 137 ss.

## Bibliografía

- ONU 2012 *Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito*, Informe mundial sobre las drogas 2012, Viena, UNODC, 2012, pp. 9 ss.
- ONU, Commentary ONU, Commentary on the United Nations Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Done at Vienna on 20 December 1988. New York, United Nations, 1976.
- Oppenheimer* en El País (9.12.1995) *Oppenheimer, Walter*, “La UE no cree necesario unificar sus legislaciones contra las drogas”, en El País, 9 de diciembre de 1995, [http://elpais.com/diario/1995/12/09/sociedad/818463604\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1995/12/09/sociedad/818463604_850215.html), (consultado 12//12/2012).
- Orozco Abad* en Arana/Scheerer/Husak (Coords.) *Orozco Abad, Iván*, “Drogas y guerra civil en Colombia”, en [Xabier Arana Berastegi](#), [Sebastian Scheerer](#), [Douglas Husak](#) (coords.), Globalización y drogas: políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos, Dykinson, Oñati, 2003, p. 39.
- Orsi* 2007 *Orsi, Gabriel Omar*, Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007.
- Pacheco* 1867 *Pacheco, Joaquín Francisco*, El Código Penal concordado y comentado, Tomo I, 2ª. Edición (270-11, Colegio de Abogados de Barcelona), 1867.
- Padilla Alba* 2001 *Padilla Alba, H R* Excención y atenuación de la responsabilidad penal por consumo de de drogas. Editorial Comares. Granada. 2001.
- Paladines* en Boletín GLIPGö 3 (2012) *Paladines, José Vicente*, “La dogmática penal antidrogas en la sociedad antidrogas”, en Boletín semestral GLIPGô, N° 3, mayo 2012, p. 12.
- Palidda/Brandariz/Iglesias/Ramos* (eds.) 2010 *Palidda, Salvatore/Brandariz García, José Ángel/Iglesias Skulj, Agustina/Ramos Vázquez, José Antonio* (coord.), Criminalización racista de los migrantes en Europa, Granada, Comares, 2010.
- Paredes Castañón* en Poder Judicial 13 *Paredes Castañón, José Manuel*, “subsidiaridad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad: el criterio de la exigibilidad (comentario a la STS de 8 de abril de 1988), Poder Judicial No. 13, 1989, pp. 115-128.
- Pasedach* *Pasedach, Christina*, Verantwortungsbereiche wider Volksgesundheit: zur Zurechnungs- und Rechtsgutslehre im Betäubungsmittelstrafrecht, Berlin, Duncker & Humblot, 2012.
- Pastor* *Pastor, Daniel*, El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho: una investigación acerca del problema de la excesiva duración del proceso penal y sus posibles soluciones, Buenos Aires, Ad hoc, 2002.
- Pawlik*, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 *Pawlik, Michael*, „Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung“, en Jahrbuch für Recht und Ethik 11, 2003, pp. 287 ss.

## Bibliografía

- Pawlik* *Pawlik, Michael*, Der rechtfertigende Notstand: zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten, Berlin, De Gruyter, 2002.
- Pérez 1987* *Pérez, Luis Carlos*, Derecho penal. Partes general y especial, Tomo I, Bogotá, Editorial Temis, segunda edición, 1987.
- Pernice Labeo* *Pernice Labeo, Alfred*, Römisches Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, Volumen 2, Parte 1, 1895.
- Perron en ADPCP (1988)* *Perron, W.*, “Justificación y exclusión de la culpabilidad a la luz del derecho comparado”, en ADPCP, Tomo XLI fasc. 1 (1988), pp.137-156.
- Petersen/Lupton* *Petersen, Alan R. / Lupton, Deborah*, The new public health: health and self in the age of risk, Allen & Unwin, 2000.
- Pies en Estermann (ed.)* *Pies, Ingo*, „Drogenpolitik aus ökonomischer Sicht“, en Estermann, Josef (ed.), Auswirkungen der Drogenrepression: illegale Drogen: Konsum, Handel, Markt und Prohibition, Berlin, VWB, Verl. für Wiss. und Bildung, 1997, pp. 195 ss.
- Pong* *Pong, Mei-ying*, Der rechtfertigende Notstand (§ 34 StGB) unter besonderer Berücksichtigung Drittbeteiligter, Diss. München, 2002.
- Preusse* *Preusse, Marcus*, Zur drogenpolitischen Sinnhaftigkeit und strafrechtlichen Zulässigkeit des Einrichtens und Betreibens von Fixerräumen, Frankfurt am Main, Lang, 1998.
- Prittwitz NStZ 1983* *Prittwitz, Cornelius*, Einfuhr und Durchfuhr von Betäubungsmitteln – Versuch und Vollendung dieser Delikte, en NStZ 1983, pp. 350 ss.
- Pryce* *Pryce, Sue*, Fixing Drugs: The Politics of Drug Prohibition, New York, Palgrave Mcmillan, 2012.
- Pufendorf* *Pufendorf, Samuel*, De jure nature et Gentium, Lund, 1672.
- Puig Peña 1988* *Puig Peña, Federico*, Derecho penal, parte general, 7ª ed., 1988.
- Puppe Indret 3 (2013)* *Puppe, Ingeborg*, “Comprobar, imputar, valorar: reflexiones semánticas sobre la fundamentación de sentencias penales y la posibilidad de su revisión jurídica”, en Indret 3 (2013) Barcelona, pp. 1-19.
- Quintano Ripolles* *Quintano Ripolles, Antonio*, Curso de derecho penal, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1963
- Quintero Olivares en CDJ-DCSP 21 (1992)* *Quintero Olivares, Gonzalo*, “Orígenes y aparición del problema de los delitos contra la salud pública”, en Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la Salud Pública, N° 21 (1992), Madrid, p. 58.
- Radbruch, Gesamtausgabe* *Radbruch, Gustav*, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en G. Radbruch, Gesamtausgabe, A. Kaufmann (Ed.), Heidelberg, C. F. Müller,

## Bibliografía

- 1990, volumen 3.
- Ragues y Valles en ADP 2004* *Ragues y Valles, Ramón*, “Derecho penal sustantivo y derecho procesal penal: hacia una visión integrada”, en José Hurtado Pozo, La reforma del proceso penal peruano. Anuario de derecho penal 2004, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2004, pp. 129-163.
- Reale/Antiseri* *Reale, Giovanni/Antiseri, Dario*, Historia del pensamiento filosófico y científico, Barcelona, Herder, 1998, Vol. 2, p. 760 ss.
- Reindl (ed.) Reindl, Richard (ed.), Drogen und Strafjustiz, Freiburg im Breisgau, Lambertus, 1994
- Renzikowski Jahrbuch für Recht und Ethik 11* *Renzikowski, Joachim*, „Entschuldigung im Notstand“, en Jahrbuch für Recht un Ethik 11 (2003), p. 269.
- Renzikowski* *Renzikowski, Joachim*, Notstand und Notwehr, Berlin, Duncker & Humblot, 1994.
- Reyes Echandía 1990* *Reyes Echandía, A.* Derecho penal. Parte general, Bogotá, Editorial Temis, 11ª edición, 1990
- Ribando Seelke (ed.) Ribando Seelke, Clare (ed.), Latin America and the Caribbean: Illicit Drug Trafficking and U.S. Counterdrug programs, Washington, CRS, 2010.
- Rod L. Evans/Berent/Downs (eds.) Rod L. Evans/Irwin M. Berent/Hugh Downs (eds.), Drug Legalization: For and Against, Illinois, Open Court, 1998, pp. 17 ss.
- Roldan en CPC 20 (1983)* *Roldan, H.*, “Estado de necesidad y colisión de intereses”, en Cuadernos de Política Criminal 20 (1983), pp. 469-551.
- Romani* *Romani, Oriol*, Las drogas: sueños y razones, Ariel, Barcelona, 1999.
- Romero Soto 1969* *Romero Soto, Luís Enrique*, Derecho Penal. Parte General –Vol., Bogotá, Editorial Temis, 1969.
- Rônez (ed.), Rônez, Simone (ed.), Drogen und Strafrecht in der Schweiz. Ergebnisse zweier Sondererhebungen: 1991 und 1994, Bern, Bundesamt für Statistik, 1997
- Room/Paglia en DAR 18 (1999)* *Room, Robin / Paglia, Angela*. "The international drug control system in the post-Cold War era. Managing markets or fighting a war?" Drug and Alcohol Review 18, 1999, p. 305-315.
- Roßhirt* *Roßhirt. Conrad Franz*, Lehrbuch des Criminalrechts nach den Quellen des gemeinen deutschen Rechts und mit besonderer Rücksicht auf die Darstellung des römischen, Heidelberg, Mohr und Winter, 1821.

## Bibliografía

- Rotsch* JuS 2005      *Rotsch, Thomas*, „Die Tötung des Familientyrannen: heimtückischer Mord? – Eine Systematisierung aus aktuellen Anlass“, en JuS 2005 p. 12 ss.
- Roxin*      *Roxin, Claus*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1: Grundlagen : der Aufbau der Verbrechenslehre, 4. Ed., München Beck, 2006.
- Roxin* NStZ 1984      *Roxin, Claus*, „Anmerkung zu BGH 1 StR 808/83“, en NStZ 1984, pp. 410-412.
- Roxin* FS Oehler      *Roxin, Claus*, „Die notstandsähnliche Lage – ein Strafunrechtsausschließungsgrund?“, en FS Oehler, Herzberg, Rolf Dietrich (ed.), Köln, Heymann, 1985, p. 181 ss.
- Roxin* FS Hassemer      *Roxin, Claus*, „Zur neueren Entwicklung der Rechtsgutsdebatte“, en FS für Winfried Hassemer, Heidelberg, 2010, pp. 573 ss.
- Roxin* FS Henkel      *Roxin, Claus*, „Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien, en FS für H. Henkel, Berlin, 1974, p. 171 ss.
- Roxin* FS Gallas      *Roxin, Claus*, „Zum Schutzzweck der Norm bei fahrlässigen Delikten“, en Lackner *et alt.* (eds.) Festschrift für Gallas zum 70 Geburtstag, Berlin, 1973, pp. 241-259.
- Roxin* FS Bockelmann      *Roxin, Claus*, „Zur jüngsten Diskussion über Schuld, Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht“ en Festschrift für P. Bockelmann, München, 1979, p. 279 ss.
- Roxin* 1997      *Roxin, Claus*, Derecho Penal. Parte General, Madrid, Editorial Civitas, 1997.
- Roxin* 2000      *Roxin, Claus*, Política criminal y sistema penal, 2º edición, Buenos Aires, Hammurabi, 2000.
- Rozo Rozo* 1978      *Rozo Rozo, Julio Enrique*, Comentarios de Derecho Penal General, Primera Parte, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1978.
- Rudolphie* JZ (1991)      *Rudolphi, Hans-Joachim*, „Anmerkung zu BGH Beschl. V. 25.09.1990 – 4 StR 359/90“, en JZ 1991, p. 571-574.
- Rudolphie* ZStW 78 (1966)      *Rudolphie, H-J.*, „Ist die Teilnahme an einer Notstandstat i. S. der §§ 52, 53 Abs. 3, 54 StGB strafbar?“, en ZStW 78 (1966) pp. 67 ss.
- Ruggiero*      *Ruggiero, Vincenzo*, Delitos de los débiles y de los poderosos. Ejercicios de anti criminología, Ad-hoc, Buenos Aires, 2005.
- Rüping/Jerouschek*      *Rüping, Hinrich/Jerouschek, Günter*, Grundriss der Strafrechtsgeschichte, München, Beck, 2011.
- Sáinz-Cantero Caparrós*      *Sáinz-Cantero Caparrós, José E.*, Derecho Penal, parte general, 5ª. Edición, corregida y aumentada, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.

## *Bibliografía*

- Salazar Marín* 2007      *Salazar Marín, Mario*, Teoría del delito con fundamentación en la escuela dialéctica del derecho penal. Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2007.
- Salazar Marín* en en      *Salazar Marín, Mario*, “La posición de garante”, en Estudios de Derecho  
LH Fernández      penal, Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla, Diego Araque  
Carrasquilla      (Coordinador), Universidad de Medellín y Sello editorial Universidad de  
Medellín, Medellín, 2012, pp. 1071 – 1110.
- Salchow*      *Salchow, Johann Daniel*, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts, Halle,  
1823.
- Sánchez Tejerina* en      *Sánchez Tejerina, Isaías*, “El estado de necesidad en el derecho penal”, en  
RABM (1922)      Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos, Madrid, 1922.
- Sandoval Fernández*      *Sandoval Fernández, Jaime*, “Límites materiales de los tipos penales en  
XX Jornadas      blanco. Una visión garantista”, en Ponencia presentada a las XX Jornadas  
Internacionales de Derecho Penal, Bogotá, Universidad Externado de  
Colombia, 26-27-28 de agosto de 1998.
- Sauer*      *Sauer, Wilhelm*, Grundlagen des Strafrechts : nebst Umriß einer Rechts- und  
Sozialphilosophie, Berlin, De Gruyter, 1921.
- Schaler (ed.)      Schaler, Jeffrey A. (ed.), Drugs: Should We Legalize, Decriminalize or  
Deregulate?, New York, Prometheus books, 1998.
- Schaper*      *Schaper*, „Begriff und allgemeiner Thatbestand des Verbrechens“, en Franz von  
Holtendorff (ed.), Handbuch des deutschen Strafrechts Tomo II, Berlin,  
Habel, 1871.
- Scheechler* en      *Scheechler, Christian*, “Autores y partícipes en el tráfico de sustancias  
RCDPCP Vol. 3, N°      ilícitas... ¿Delinquentes o enemigos?”, en Revista Chilena de Derecho Penal y  
1, Año 2, 2011      Ciencia Política – Vol. 3, N° 1, Año 2, 2011, pp. 63-81.
- Scheechler* RCDPCP      *Scheechler, Christian*, “Autores y partícipes en el tráfico de sustancias  
Vol. 3 No. 1 (2011)      ilícitas... ¿Delinquentes o enemigos?”, en Revista Chilena de Derecho y Ciencia  
Política, Vol 3. No. 1 (2011), pp. 63-81.
- Scheerer* en      *Scheerer, Sebastian*, “Prohibición de las drogas en sociedades abiertas”, en  
Arana/Husak/Scheerer      Xavier Arana/ Douglas Husak/SebastianScheerer (coords.), Globalización y  
(coords.)      drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos,  
Madrid, Dykinson, 2003, pp. 55-56.
- Schmidhäuser*      *Schmidhäuser, Eberhart*, Strafrecht, Allgemeiner Teil: Studienbuch, Tübingen,  
Mohr, 1984.
- Eb. Schmidt*      *Schmidt, Eberhard*, Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen  
Vereinigung, N.F. Tomo 5, 1931.
- V. Schmidt*      *Schmidt, Verena*, „Alte“ Politik gegen "neue" Drogen?: Cannabis in den  
60er/70ern und Ecstasy in den 90ern: zwei bundesdeutsche „Jugenddrogen“-

- Debatten im Vergleich, Berlin, VWB, Verl. für Wiss. und Bildung, 1998.
- Schmidt-Lermann* *Schmidt-Lermann, Hans*, Die Lehre von der Notwehr in der Wissenschaft des gemeinen Strafrechts, Strafrechtliche Abhandlungen, Heft 357, Breslau-Neukirch, 1935.
- Schneider StV 1994* *Schneider, Hartmut*, „Haschisch im sanktionsfreien Raum – das Konsumverhalten im Licht der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht“, en StV 1994, pp. 390-393.
- Schneider 2000* *Schneider, Wolfgang*, Drogenmythen: zur sozialen Konstruktion von "Drogenbildern" in Drogenhilfe, Drogenforschung und Drogenpolitik, Berlin, VWB, Verl. für Wiss. und Bildung, 2000.
- Schönke/Schröder/  
Autor* *Schönke/Schröder*, Strafgesetzbuch, 28. Ed., München, Beck, 2010.
- Schröder SchwZStr.  
76 1960* *Schröder, Horst*, „Die Not als Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgrund im deutschen und schweizerischen Strafrecht“, en SchwZStr. 76 1960 p. 1 ss.
- Schröder* *Schröder, Horst*, „Die Notstandsregelung im Entwurf 1959 II“, en FS für Eb. Schmidt, Paul Bockelmann/Wilhelm Gallas (eds.), Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 290 ss.
- Schünemann en  
Hefendehl/v.  
Hirsch/Wohlers (eds.)* *Schünemann, Bernd*, „Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation“, en Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (eds.), Rechtsgutstheorie – Legitimationsbasis des Strafrechts oder dogmatisches Glasperlenspiel ?, Baden-Baden, Nomos, 2003, p. 133
- Schweer en  
Kriminalpolitik 2008* *Schweer, Thomas*, „Rauschgiftkriminalität“, en Kriminalpolitik. Studien zur inneren Sicherheit, Hans-Jürgen Lange (ed.), Wiesbaden, VS Verlag für Sozialwissenschaft, 2008, pp. 173 ss.
- Schwitters 1998* *Schwitters, Jan Hendrik*, Die Vorverlagerung der Strafbarkeit beim unerlaubten Handeltreiben im Betäubungsmittelstrafrecht, Konstanz, Hartung-Gorre, 1998, p. 75.
- Seelman* *Seelman, Kurt*, Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, Heidelberg, v. Decker, 1978.
- Seidenberg en  
Estermann (ed.)* *Seidenberg, André*, „Medizinische Folgen aus der Illegalität des Drogenkonsums“, en Estermann, Josef (ed.), Auswirkungen der Drogenrepression: illegale Drogen: Konsum, Handel, Markt und Prohibition, Berlin, VWB, Verl. für Wiss. und Bildung, 1997, pp. 16 ss.
- Siegert* *Siegert, Karl*, Notstand und Putativnotstand, Tübingen, Mohr, 1931.
- Silva Sánchez* *Silva Sánchez, Jesús María*, La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales, Madrid, Civitas 2a edición,

## Bibliografía

- 2001.
- Silva Sánchez GA 2006* *Silva Sánchez, Jesús María*, „Notstandrechte und Duldungspflichtverletzungen“, en GA 2006, p. 382.
- Silvela 1903* *Silvela, Luis*, El derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente, Tomo I, 1874, Madrid, Imprenta de T. Fortanet, 1903.
- Sinha* *Sinha, Jay*, The history and development of the leading international drug control conventions, Canada, Parliament of Canada, 21.02.2001.
- Sloboda en EDPEU (1998)* *Sloboda, Zili*, “State of the art of prevention research in the United States”, en Evaluating drug prevention in Europe union, Luxembourg, Office for Official Publ. of the Europ. Communities, 1998, pp. 31 ss.;
- Slotty NSTZ 1981* *Slotty, Martin*, „Das Betäubungsmittelgesetz 1982: Kurzbericht für Strafrechtpraxis“, en NSTZ 1981, pp. 321-327.
- Smith* *Smith, P. H.*, Drug Policy in the Americas, Boulder, Westview Press, 1992.
- Soto Nieto en CDJ-DCSP 21 (1992)* *Soto Nieto, Fernando*, “Estudio básico del art. 344 del Código Penal”, en Cuadernos de Derecho Judicial. Delitos contra la salud pública, n° 21 (1992), Madrid, p. 87.
- Stammler* *Stammler, Rudolf*, Darstellung der strafrechtlichen Bedeutung des Nothstandes unter Berücksichtigung der Quellen des früheren gemeinen Rechts und der modernen Gesetzgebungen, namentlich des Strafgesetzbuches für das deutsche Reich, Erlangen, Deichert, 1878.
- Stammler 1928* *Stammler, Rudolf*, Lehrbuch der Rechtsphilosophie, Berlin, De Gruyter, 1928.
- Stegemann 1994* *Stegemann, Kurt-Herwig*, Markt versus Staat: ein ökonomischer Beitrag zur interdisziplinären Auseinandersetzung um Rauschdrogen, Berlin, Verl. für Wiss. und Forschung, 1994.
- Steiner en JRR XV (1993)* *Steiner, Heinz*, „Die Widersprüche von Disziplin und Strafe“, en Frehsee/Löschper/Schumann (eds.), Strafrecht, soziale Kontrolle, soziale Disziplinierung, Jahrbuch für für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Tomo XV Opladen, 1993, p. 238-256.
- Stewart en Denv.J.Int'l L&Pol'y 3 (1990)* *Stewart, David P.* "Internationalizing The War on Drugs: The UN Convention Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances", en Denver Journal of International Law and Policy, Vol. 18, No. 3, Spring 1990, pp. 387-404.
- Stock/Kreuzer* *Stock, Jürgen/Kreuzer, Arthur*, Drogen und Polizei: eine kriminologische Untersuchung polizeilicher Rechtsanwendung, Bonn, Forum-Verl. Godesberg, 1996
- Stolpe* *Stolpe, Oliver*, Strategien gegen das organisierte Verbrechen: Geldwäschebekämpfung und Gewinnabschöpfung im Kampf gegen die Mafia;

## Bibliografía

- Fallstudie: Italien, Köln, Heymann, 2004.
- Stratenwerth/Kuhlen* *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht Allgemeiner Teil I, 6. Ed., MünchK, Vahlen, 2011.
- Stree* NSTZ 1984 *Stree, Walter*, „Beteiligung an vorsätzlicher Selbstgefährdung – BGHSt 32, 262 y BGH“ en NSTZ 1984 p. 452 y en JuS 1985 pp. 179-184.
- Taylor* *Taylor, Arnold H*, American diplomacy and the narcotics traffic, 1900-1939: A study in international humanitarian reform. Durham, N.C., Duke University Press, 1969.
- Temmuz* *Temmuz, Mustafa*, Der Allgemeine Teil des Betäubungsmittelstrafrechts, Berlin, Duncker & Humblot, 2013.
- Terradillos Basoco* en NFP 78 (2012) *Terradillos Basoco, Juan María*, “La reforma española de 2012. Líneas maestras”, en Revista Nuevo Foro Penal, Medellín, Vol. 8, N. 78, enero-junio 2012, p. 17.
- Thamm* *Thamm, Berndt Georg*, Drogenfreigabe - Kapitulation oder Ausweg?: Pro und Contra zur Liberalisierung von Rauschgiften als Maßnahme zur Kriminalitätsprophylaxe, Hilden/Rhld., Verl. Dt. Polizeiliteratur, 1989.
- Thiel* *Thiel, Sven-Markus*, Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, Frankfurt aM, Lang, 2000.
- Thoumi* en Razonpublica 3.06.2008 *Thoumi, Francisco*, “La normatividad internacional sobre drogas”, en Razonpublica.com, publicado el 3 de junio de 2008, (consultado 23/10/2012).
- Thoumi* *Thoumi, Francisco*, El imperio de la droga. Narcotráfico, economía y sociedad en Los Andes, Planeta-IEPRI, Bogotá, 2002.
- Tickner* en RCI 65 (2007) *Tickner, Arlene*, “Intervención por invitación. Claves de la política exterior colombiana y de sus debilidades principales”, en Revista Colombia Internacional, N° 65, enero-junio de 2007, pp. 90-111”
- Timpe* *Timpe, Gerhard*, Strafmilderungen des Allgemeinen Teils des StGB und das Doppelwertungsverbot : Untersuchungen zu den §§ 23 Abs. 2, 13 Abs. 2, 17 Satz 2, 35 Abs. 1 Satz 2 und 46 Abs. 3 StGB, Berlin, Duncker & Humblot, 1983.
- Tokatlian* en J. Interam. Stud. & Wld. Aff. 1 *Tokatlian, Juan G.*, “National Security and Drugs: Their Impact on Colombian-US Relations”, en *Journal of Interamerican Studies and World Affairs* Vol. 30, No. 1, Spring, 1988 , pp. 133-160.
- Tokatlian* *Tokatlian, Juan Gabriel*, Drogas, dilemas y peligros, Bogotá, Tecer Mundo Editores, CEI, 1995.
- Uprimny Yepes et al.* *Uprimny Yepes, Rodrigo, et al*, Penas alucinantes. La desproporción de la

- penalización de las drogas en Colombia, Bogotá, Colección DeJusticia, 2013.
- Uprimny Yepes et. al.* *Uprimny Yepes, Rodrigo, et al.*, La adicción punitiva. La desproporción de leyes de drogas en América Latina, Dejusticia, Bogotá, 2012.
- Urbano Castrillo/Torres Morato* *Urbano Castrillo, Eduardo/Torres Morato, Miguel Ángel*, La prueba ilícita penal. Estudio jurisprudencial, Editorial Aranzadi, 2010.
- Uribe Álvarez en LH Fernández Carrasquilla* *Uribe Álvarez, Roberth Augusto*, "Sobre la posición sistemática del estado de necesidad y sus problemas dogmáticos", en Diego Araque (Coord.), Estudios De Derecho Penal. Libro Homenaje a Juan Fernández Carrasquilla, Medellín, Universidad De Medellín, 2012, pp.1135-1180.
- Uso en Arana/Husak/Scheerer (coords.)* *Uso, Juan Carlos*, "Del uso al abuso. La I Guerra Mundial y la creación de un problema de drogas en el Estado español", en Xabier Arana/Douglas Husak/SebastianScheerer (coord.), Globalización y drogas. Políticas sobre drogas, derechos humanos y reducción de riesgos, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, Madrid, Dykinson, 2003, pp. 319-361.
- Uso en Arana/Markez (eds.)* *Uso, Juan Carlos*, "Usos a lo largo de la historia. Marcos prohibicionistas del ayer y hoy. La salud pública como telón de fondo", en Xavier Arana/Iñaki Markez (eds.), Cannabis: Salud, Legislación y Políticas de Intervención, Madrid, Dykinson, 2006, pp. 37 ss.
- Uttelbach* *Uttelbach, Artur*, Die Verhältnismäßigkeit bei der Notwehr, Emsdetten, 1935.
- v. Hippel Tomo II* *v. Hippel, Robert*, Deutsches Strafrecht. Tomo II: Das Verbrechen: allgemeine Lehre, Berlin, Springer, 1930.
- v. Liszt* *v. Liszt, Franz*, Tratado de Derecho Penal Tomos I, II y III (Traducido de la 20a edición alemana por Luis Jimenez de Asua), Madrid, 1999.
- v.Liszt/Schmidt* *v. Liszt, Franz/Schmidt, Eberhard*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Berlin, De Gruyter 26 Ed., 1932.
- v. Weber* *v. Weber, Hellmuth*, Das Notstandproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, Leipzig, 1925.
- Van Ree en IJDP 10 (1999)* *Van Ree, Erik*, "Drugs as a Human Right", en International Journal of Drug Policy, Vol. 10, 1999, pp. 89-98.
- Varona en AP 39 (1996)* *Varona, Daniel*, "El miedo insuperable: aplicación jurisprudencial y fundamento", en Actualidad penal 39 (1996), pp. 743-763.
- Varona 2000* *Varona, Daniel*, El miedo insuperable: una reconstrucción de la eximente desde una teoría de la justicia, Comares, Granada, 2000.
- Velasco Núñez 1993* *Velasco Núñez, Eloy*, "El confidente", en La Ley : Revista jurídica española de doctrina , jurisprudencia y bibliografía, N° 3, 1993, pp. 823 – 830.

## Bibliografía

- Velásquez Velásquez* 2009 *Velásquez Velásquez, Fernando*, Derecho penal. Parte General, Bogotá Editorial Comlibros, 4ª edición, 2009.
- Vélez Barrientos* *Vélez Barrientos, Alejandro*, Datos para una historia del derecho nacional, Prólogo de D. Julián Cock Bayes y D. Lisandro Restrepo, magistrados del Tribunal Superior de Antioquia, Medellín, Imprenta departamental, 1891.
- E 1962 *Verhandlungen des Deutschen Bundestages: Drucksachen*, Entwurf eines Strafgesetzbuches: (StGB), E 1962, mit Begründung; Bundesratsvorlage, Bonn, 1962.
- Vidales Rodríguez en RGD* 583 (1993) *Vidales Rodríguez, C.*, “La última reforma del Código Penal en materia de drogas”, en Revista General de Derecho, núm.583, 1993, pp. 2725 ss.
- Villacañas* *Villacañas, José Luis*, Res publica. Los fundamentos normativos de la política, Madrid, ed. Akal, 1999.
- Virgolini* 2004 *Virgolini, Julio*, Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción, Editores del puerto, 2004.
- von Weber* 1925 *von Weber, Hellmuth*, Das Notstandproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 bis 1925, Leipzig, 1925.
- Wachinger* *Wachinger, Michael*, „Der übergesetzliche Notstand in der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts“, en August Hegler (eds.), Festgabe für Reinhard von Frank, zum 70. Geburtstag, 16. August 1930, Tomo 1, p. 469 ss.
- Walker III (ed.) *Walker III, William O. (ed.)*, Drug Control Policy: Essays in Historical and Comparative Perspective. University Park, Pennsylvania, Pennsylvania State University Press, 1992
- Walker III* 1996 *Walker III, William*, Drugs in the Western Hemisphere: An Odyssey of Cultures in Conflict. Wilmington, Delaware, Scholarly Resources Inc., 1996.
- Wang* *Wang, Huan-Yu*, Drogenstraftaten und abstrakte Gefährdungsdelikte, Heidelberg, Diss., 2003.
- Warda en Albrecht/Kalmthout (eds.)* *Warda, J.*, „Drug policies in Western Europe“, en Hans-Jörg Albrecht/Anton van Kalmthout (eds.), Drug policies in Western Europe, Freiburg i. Br., Max-Planck-Inst. für ausländisches und internationales Strafrecht, 1989, p. 30
- Wartburg* 1974 *Wartburg, Walter*, Drogenmissbrauch und Gesetzgeber, Methodik und Möglichkeiten einer optimalen Kontrolle des Missbrauchs von Drogen und Arzneimitteln, Stuttgart, 1974, p. 312;
- Watzek* *Watzek, Jens*, Rechtfertigung und Entschuldigung im englischen Strafrecht: eine Strukturanalyse der allgemeinen Strafbarkeitsvoraussetzungen aus deutscher Perspektive, Freiburg/Breisgau, Ed. iuscrim, Max-Planck-Inst. für Ausländisches und Internat. Strafrecht, 1997.

## *Bibliografía*

- Welzel* ZStW 63 (1951) *Welzel, Hans*, „Zum Notstandsproblem“, en ZStW 63 (1951) p. 47 ss.
- Welzel* *Welzel, Hans*, Das deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen: Eine systematische Darstellung, Berlin, de Gruyter 2 ed., 1949.
- Welzel* 1958 *Welzel, Hans*, Die Naturrechtslehre Samuel Pufendorfs: ein Beitrag zur Ideengeschichte des 17. und 18. Jahrhunderts, Berlin, De Gruyter, 1958.
- Welzel* 1976 *Welzel, Hans*, Derecho penal Alemán: parte general, Chile, editorial jurídica, 1976.
- Wessels/Beulke* *Wessels/Beulke*, Strafrecht Allgemeiner Teil 43. Ed., Heildelberg, Müller, 2013.
- Wisotsky* *Wisotsky, Steven*, Beyond the War on Drugs: Overcoming a Failed Public Policy, Buffalo, New York, Prometheus Books, 1990.
- Wohlers* *Wohlers, Wolfgang*, Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik ‘moderner’ Gefährdungsdelikte, Berlin, 2000.
- Wolf* en Recht auf Sucht? *Wolf, J-C.*, „Paternalismus, Moralismus, Überkriminalisierung“, en Grözinger (ed.) Recht auf Sucht?, Berlin 1991, p. 47.
- Youngers/Rosin (eds.) Youngers, Coletta/Rosin, Eileen (eds.), Drugs and Democracy in Latin America: The Impact of U.S. Policy, Colorado, Lynne Rienner, 2005, pp. 1 ss.
- Zugaldía Espinar/Pérez Alonso (coord.) 2007 *Zugaldía Espinar, José M./Pérez Alonso, Esteban Juan* (coord.), El derecho penal ante el fenómeno de la inmigración, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007.
- Zurhold (ed.) *Zurhold, Heike* (ed.), Kriminalität und Kriminalisierung drogengebrauchender Frauen: kritische Analyse der justitiellen Sanktionspraxis und Möglichkeiten der Depönalisierung, Berlin, VWB, Verl. für Wiss. und Bildung, 1998.

## **2. Jurisprudencia**

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio: Madrid. Sección: 1. ROJ: STS 5514/1996 del 14 de octubre de 1996. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4292/1997 del 17 de junio de 1997. M.P. : José Antonio Marañón Chávarri.

## Bibliografía

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7046/1997 del 24 de noviembre de 1997. M.P.: Francisco Soto Nieto.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 185/1998 del 19 de enero de 1998. M.P.: Gregorio García Ancos.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 383/1998 del 26 de enero de 1998. M.P.: Gregorio García Ancos.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 844/1998 del 10 de febrero de 1998. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1696/1998 del 12 de marzo de 1998. M.P.: Eduardo Moner Muñoz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2069/1998 del 27 de marzo de 1998. M.P.: Francisco Soto Nieto

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3111/1998 del 14 de mayo de 1998. M.P.: José Augusto De Vega Ruiz

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4767/1998 del 15 de julio de 1998. M.P.: José Antonio Marañón Chávarri.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5142/1998 del 15 de septiembre de 1998. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5579/1998 del 03 de octubre de 1998. M.P.: Roberto García-Calvo Montiel

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5628/1998 del 05 de octubre de 1998. M.P.: Diego Antonio Ramos Gancedo.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5996/1998 del 19 de octubre de 1998. M.P.: José Augusto De Vega Ruiz

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6329/1998 del 30 de octubre de 1998. M.P.: Roberto García-Calvo Montiel.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6435/1998 del 04 de noviembre de 1998. M.P.: Joaquín delgado García

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6604/1998 del 10 de noviembre de 1998. M.P.: Joaquín Martín Canivell

## *Bibliografía*

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7287/1998 del 04 de diciembre de 1998. M.P.: Adolfo Prego De Oliver Tolivar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7463/1998 del 10 diciembre de 1998. M.P.: José Augusto De Vega Ruiz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7996/1998 del 29 de diciembre de 1998. M.P.: Enrique Bacigalupo Zapater.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 34/1999 del 11 de enero de 1999. M.P.: Gregorio García Ancos.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 348/1999 del 26 de enero de 1999. M.P.: José Augusto De Vega Ruiz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1482/1999 del 04 de marzo de 1999. M.P.: Joaquín Delgado García.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3349/1999 del 14 de mayo de 1999. M.P.: José Augusto De Vega Ruiz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3502/1999 del 20 de mayo de 1999. M.P.: Cándido Conde-Pumpido Touron.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3955/1999 del 05 de junio de 1999. M.P.: Adolfo Prego De Oliver Tolivar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3974/1999 del 07 de junio de 1999. M.P.: José Augusto De Vega Ruiz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5618/1999 del 20 septiembre 1999. M.P.: José Antonio Marañón Chávarri.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6009/1999 del 01 de octubre de 1999. M.P.: Roberto García-Calvo Montiel.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6010/1999 del 01 de octubre de 1999. M.P.: Eduardo Moner Muñoz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6255/1999 del 11 de octubre de 1999. M.P.: José Jiménez Villarejo.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6476/1999 del 19 de octubre de 1999. M.P.: José Antonio Marañón Chávarri.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7211/1999 del 15 de noviembre de 1999. M.P.: Adolfo Prego De Oliver Tolivar.

## *Bibliografía*

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7588/1999 del 29 de noviembre de 1999. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 8511/1999 del 28 de diciembre de 1999. M.P.: Joaquín Martín Canivell.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 336/2000 del 24 de enero de 2000. M.P.: Eduardo Moner Muñoz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3670/2000 del 04 de mayo de 2000. M.P.: Enrique Abad Fernández.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4103/2000 del 22 de mayo de 2000. M.P.: Enrique Abad Fernández.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4638/2000 del 06 de junio de 2000. M.P.: Enrique Abad Fernández.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4696/2000 del 08 de junio de 2000. M.P.: Roberto García-Calvo Montiel.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4750/2000 del 12 de junio de 2000. M.P.: Joaquín Delgado García.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS /2000 del 15 de junio de 2000. M.P.: Gregorio García Ancos.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4995/2000 del 19 de junio de 2000. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5079/2000 del 21 de junio de 2000. M.P.: Enrique Abad Fernández.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6236/2000 del 24 de julio de 2000. M.P.: Julián Artemio Sánchez Melgar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6394/2000 del 08 de septiembre de 2000. M.P.: Joaquín Giménez García.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6594/2000 del 21 de septiembre de 2000. M.P.: Enrique Abad Fernández.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7764/2000 del 26 de octubre de 2000. M.P.: Enrique Abad Fernández.

## *Bibliografía*

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7862/2000 del 30 de octubre de 2000. M.P.: Joaquín Giménez García

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7863/2000 del 30 de octubre de 2000. M.P.: José Antonio Marañón Chávarri.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 9707/2000 del 28 de diciembre de 2000. M.P.: Joaquín Giménez García.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1283/2001 del 22 de febrero de 2001. M.P.: José Aparicio Calvo-Rubio.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1589/2001 del 01 de marzo de 2000. M.P.: Enrique Abad Fernández.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1729/2001 del 06 de marzo de 2001. M.P.: José Aparicio Calvo-Rubio.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2130/2001 del 16 de marzo de 2001. M.P.: Joaquín Delgado García.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2607/2001 del 29 de marzo de 2001. M.P.: José Aparicio Calvo-Rubio.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6330/2001 del 18 de julio de 2001. M.P.: Eduardo Moner Muñoz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6998/2001 del 20 de septiembre de 2001. M.P.: Eduardo Moner Muñoz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7014/2001 del 21 de septiembre de 2001. M.P.: Enrique Abad Fernández.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 8292/2001 del 26 de octubre de 2001. M.P.: Enrique Abad Fernández.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 8317/2001 del 26 de octubre de 2001. M.P.: Adolfo Prego de Oliver Tolivar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 8905/2001 del 15 de noviembre de 2001. M.P.: José Aparicio Calvo-Rubio.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 9369/2001 del 29 de noviembre de 2001. M.P.: José Antonio Marañón Chávarri.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 9858/2001 del 14 de diciembre de 2001. M.P.: José Ramón Soriano Soriano.

## *Bibliografía*

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 195/2002 del 18 de enero de 2002. M.P.: José Antonio Marañón Chávarri.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 276/2002 del 22 de enero de 2002. M.P.: Joaquín Martín Canivell.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 863/2002 del 11 de febrero de 2002. M.P.: José Antonio Marañón Chavarrí.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1069/2002 del 18 de febrero de 2002. M.P.: Cándido Conde-Pumpido Touron.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1478/2002 del 14 de marzo de 2002. M.P.: Enrique Bacigalupo Zapater.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2338/2002 del 02 de abril de 2002. M.P.: José Manuel Maza Martín.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2712/2002 del 17 de abril de 2002. M.P.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2739/2002 del 18 de abril de 2002. M.P.: Juan Saavedra Ruiz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2778/2002 del 19 de abril de 2002. M.P.: José Manuel Maza Martín.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2990/2002 del 26 de abril de 2002. M.P.: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3095/2002 del 30 de abril de 2002. M.P.: Diego Antonio Ramos Gancedo.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3185/2002 del 06 de mayo de 2002. M.P.: José Manuel Maza Martín.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3316/2002 del 10 de mayo de 2002. M.P.: Julián Artemio Sánchez Melgar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3380/2002 del 14 de mayo de 2002. M.P.: José Ramón Soriano.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4349/2002 del 14 de junio de 2002. M.P.: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

## *Bibliografía*

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4548/2002 del 20 de junio de 2002. M.P.: Joaquín Giménez García.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5022/2002 del 05 de julio de 2002. M.P.: José Manuel Maza Martín.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5467/2002 del 18 de julio de 2002. M.P.: Andrés Martínez Arrieta.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5521/2002 del 19 de julio de 2002. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5806/2002 del 10 de septiembre de 2002. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5875/2002 del 16 de septiembre de 2002. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6417/2002 del 02 de octubre de 2002. M.P.: Diego Antonio Ramos Gancedo.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : ATS 3219/2002 del 14 de noviembre de 2002. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7659/2002 del 18 de noviembre de 2002. M.P.: José Aparicio Calvo-Rubio.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 641/2003 del 03 de febrero de 2003. M.P.: José Aparicio Calvo-Rubio.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 835/2003 del 10 de febrero de 2003. M.P.: Cándido Conde-Pumpido Touron.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3189/2003 del 12 de mayo de 2003. M.P.: Carlos Granados.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4110/2003 del 13 de junio de 2003. M.P.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4390/2003 del 23 de junio de 2003. M.P.: Julián Artemio Sánchez Melgar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4919/2003 del 11 de julio de 2003. M.P.: José Aparicio Calvo-Rubio.

## *Bibliografía*

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7107/2003 del 13 de noviembre de 2003. M.P.: Juan Saavedra Ruiz.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7691/2003 del 02 de diciembre de 2003. M.P.: Enrique Abad Fernández.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 8009/2003 del 11 de diciembre de 2003. M.P.: Andrés Martínez Arrieta.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 816/2004 del 10 de febrero de 2004. M.P.: Enrique Bacigalupo Zapater.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 962/2004 del 16 de febrero de 2004. M.P.: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7625/2004 del 24 de noviembre de 2004. M.P.: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7738/2004 del 29 de noviembre de 2004. M.P.: Enrique Bacigalupo Zapater.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 763/2005 del 10 de febrero de 2005. M.P.: Francisco Monterde Ferrer.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1416/2005 del 08 de marzo de 2005. M.P.: Andrés Martínez Arrieta.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1756/2005 del 21 de marzo de 2005. M.P.: Gregorio García Ancos.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6714/2005 del 03 de noviembre de 2005. M.P.: Andrés Martínez Arrieta.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 741/2006 del 03 de febrero de 2006. M.P.: José Manuel Maza Martín.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5577/2006 del 20 de septiembre de 2006. M.P.: Miguel Colmenero Menéndez de Lúcar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6644/2007 del 25 de septiembre de 2007. M.P.: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1585/2008 del 18 de abril de 2008. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2961/2008 del 19 de junio de 2008. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

## *Bibliografía*

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4948/2008 del 30 de septiembre de 2008. M.P.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarda.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4948/2008 del 30 de septiembre de 2008. M.P.: Miguel Colmenero Menéndez de Luarda.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7287/2008 del 26 de diciembre de 2008. M.P.: Julián Artemio Sánchez Melgar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 967/2009 del 10 de febrero de 2009. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1934/2009 del 05 de marzo de 2009. M.P.: Adolfo Prego De Oliver Tolivar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3008/2009 del 30 de abril de 2009. M.P.: Luis Román Puerta Luis.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3288/2009 del 07 de mayo de 2009. M.P.: Andrés Martínez Arrieta.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3928/2009 del 05 de junio de 2009. M.P.: José Manuel Maza Martín.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4910/2009 2 del 9 de junio de 2009. M.P.: Julián Artemio Sánchez Melgar.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6012/2009 del 07 de julio de 2009 . M.P.:Siro Francisco García Pérez.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5318/2009 del 29 de julio de 2009. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7797/2009 del 03 de diciembre de 2009. M.P.: Diego Antonio Ramos Gancedo.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7788/2009 del 11 de diciembre de 2009. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 7783/2009 del 14 de diciembre de 2009. M.P.: Francisco Monterde Ferrer.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 540/2010 del 21 de enero de 2010. M.P.: Francisco Monterde Ferrer.

## *Bibliografía*

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5125/2010 del 29 de septiembre de 2010. M.P.: Diego Antonio Ramos Gancedo.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5617/2010 del 04 de octubre de 2010. M.P.: Carlos Granados Pérez.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5293/2010 del 15 de octubre de 2010 Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 353/2011 del 01 de febrero de 2011. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 690/2011 del 23 de febrero de 2011. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1312/2011 del 28 de febrero de 2011. M.P.: Carlos Granados Pérez.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1308/2011 10 de marzo de 2011. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 1792/2011 del 06 de abril de 2011. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2042/2011 del 08 de abril de 2011. M.P.: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2889/2011 del 06 de mayo de 2011. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4028/2011 del 27 de mayo de 2011. M.P.: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 3902/2011 del 14 de junio de 2011. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4907/2011 del 27 de junio de 2011. M.P.: Francisco Monterde Ferrer.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 4868/2011 del 06 de julio de 2011. M.P.: Francisco Monterde Ferrer.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 5123/2011 del 11 de julio de 2011. M.P.: Andrés Martínez Arrieta.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6673/2011 del 04 de octubre de 2011. M.P.: Andrés Martínez Arrieta.

## *Bibliografía*

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 6334/2011 del 04 de octubre de 2011. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2150/2012 del 15 de marzo de 2012. M.P.: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2209/2012 del 29 de marzo de 2012. M.P.: Joaquín Giménez García.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : STS 2513/2012 del 12 de abril de 2012. M.P. : Candido Conde-Pumpido Touron.

*Tribunal Supremo. Sala de lo Penal.* Municipio : Madrid. Sección : 1. ROJ : ATS 5524/2014 del 22 de mayo de 2014. M.P : José Ramón Soriano Soriano