

UNIVERSIDAD EAFIT

MAESTRÍA EN DERECHO PENAL
MODALIDAD INVESTIGATIVA

INFORME FINAL DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

*"SOBRE LA POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL ESTADO DE NECESIDAD Y SUS
PROBLEMAS DOGMÁTICOS"*

ESTUDIANTE: ROBERTH URIBE ÁLVAREZ

ASESOR: PROFESOR DR. JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA

MEDELLÍN

2012

"SOBRE LA POSICIÓN SISTEMÁTICA DEL ESTADO DE NECESIDAD Y SUS PROBLEMAS DOGMÁTICOS"

ROBERTH URIBE ÁLVAREZ

SUMARIO:

I. Introducción. II. Las teorías en torno a la posición sistemática del estado de necesidad en la dogmática internacional de corte germanista. 1. Las teorías monistas o unificadoras. 1.1. La tesis de la unificación en la antijuridicidad: el estado de necesidad como una causa de justificación. 1.2 La tesis de la unificación en la culpabilidad: el estado de necesidad como una causa de exculpación. 2. Las teorías diferenciadoras. 2.1 Tesis ortodoxa de la diferenciación: el estado de necesidad como causa de justificación y como causa de exculpación. 2.2. Tesis heterodoxas: 2.2.1. La teoría de la neutralidad o del ámbito libre de valoración jurídica. 2.2.3. La tesis del estado de necesidad como causa "general" y como causa "genuinamente penal" de justificación. 3. Análisis de las consecuencias dogmáticas de las diferentes tendencias doctrinarias. 3.1. Estado de necesidad y participación: 3.1.1. Teoría de la unificación en la antijuridicidad. 3.1.2 La teoría de la unificación en la culpabilidad. 3.1.3. Tesis del ámbito libre del derecho. 3.1.4 La tesis de la responsabilidad por el hecho. 3.1.5 Tesis ortodoxa de la diferenciación. 3.2. Estado de necesidad y error sobre sus presupuestos. 3.2.1. Teoría de la unificación en la antijuridicidad. 3.2.2 la tesis de la unificación en la culpabilidad. 3.2.3 La tesis del ámbito libre del derecho. 3.2.4 La tesis de la responsabilidad por el hecho. 3.2.5 Tesis ortodoxa de la diferenciación. 3.3 Estado de necesidad y legítima defensa. 3.3.1. Teoría de la unificación en la antijuridicidad. 3.3.2 Teoría de la unificación en la culpabilidad 3.3.3. Tesis del ámbito libre del derecho 3.3.4. Tesis de la responsabilidad por el hecho 3.3.5. Tesis ortodoxa de la diferenciación. III. La posición sistemática del estado de necesidad en la dogmática penal colombiana. 1. La unificación en la antijuridicidad. 1.1. La teoría de la unificación en la antijuridicidad como un argumento de *sedes materiae*. 1.2. El estado de necesidad como causa de justificación a partir de una fundamentación político-criminal. 2. La unificación en la culpabilidad. 3 La posición diferenciadora ortodoxa. 4. La teoría del ámbito libre del derecho. IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

I. Introducción.

En la tradición de la dogmática penal germanista, el uso más convencional de la expresión estado de necesidad (EN) recae sobre aquel grupo de situaciones sociales en las que se presenta una conducta que termina siendo necesaria ante un peligro actual o inminente que amenaza derechos jurídicamente protegidos, de los que puede ser titular el agente que se beneficia a sí o a un tercero con el daño necesario

de un bien jurídico ajeno, el cual puede ser de menor o de igual entidad que el salvaguardado con la acción necesaria.

En el lenguaje de más consenso en la dogmática jurídica en mención, esto es, el de la teoría del injusto personal,¹ las voces 'justificación' y 'exculpación' forman parte del aspecto negativo de las categorías analíticas del delito, 'injusto' y 'culpabilidad', en su orden, que integran la estructura básica de la atribución de la responsabilidad penal. Un rasgo común a los conceptos justificación y exculpación es, entonces, su adscripción al instituto de las 'eximentes' de responsabilidad,² de las que son modalidades.

La dinámica del sistema de las eximentes en la teoría del delito germanista no es concebida unitariamente, admitiendo significados y regulaciones muy diversos en los diferentes ordenamientos jurídicos estatales. De allí que las expresiones 'justificación' y 'exculpación' adquieran sentidos y límites teóricos y normativos distintos, aunque no necesariamente contrarios, en las diferentes dogmáticas nacionales y, desde luego, en la colombiana.

No obstante esta pluralidad teórica y regulativa, es una cuestión común de las teorías de la responsabilidad penal de estos ordenamientos jurídicos de tradición penal germanista, la polémica cuestión de la geografía del EN en el sistema del delito, planteada generalmente en términos de la "naturaleza" jurídica del EN. La historia de la dogmática penal germanista tiene como característica del estudio de esta debatida cuestión sistemática del EN, el haber hecho de este debate un caso especial de la disputa entre las 'escuelas penales' respecto de la estructura de la teoría del delito, específicamente de la discusión acerca de los conceptos, las relaciones y los límites de las categorías del injusto y la culpabilidad.

¹ Este consenso lo es en lo que respecta a la estructura del sistema del delito, no así en cuanto a su fundamento, la teoría final de la acción. Cfr. HIRSCH (1999a: 15-17).

² En el derecho penal colombiano, para la regulación de la exención de responsabilidad penal (artículo 32 Ley 599 de 2000), el legislador optó por el recurso lingüístico de las causales de '*ausencia de responsabilidad penal*'.

A este respecto, en el ámbito de la teoría del delito de orientación germanista, existen básicamente dos grupos de doctrinas sobre la posición sistemática del EN: el de las *unificadoras* y el de las *diferenciadoras*, las que a su vez admiten distintos matices teóricos internos.³ Así, entre las teorías unificadoras existen sectores de la doctrina que estiman que el EN es siempre un problema de justificación, es decir, que halla su lugar sistemático en el aspecto negativo de la antijuridicidad, y, sectores que, por su parte, lo consideran siempre un problema del ámbito negativo de la categoría de la culpabilidad, en términos de una causal de exculpación o excusa;⁴ en ambos casos, independientemente de la entidad de los bienes jurídicos en colisión.

Por su parte, conforme a las teorías diferenciadoras, la ubicación sistemática del EN está condicionada por la entidad de los bienes jurídicos en disputa, es decir, si los bienes o intereses en conflicto son desiguales, en el sentido de que el bien que se lesiona con la acción necesaria es de menor peso o entidad que el que se salvaguarda, el conflicto será resuelto en la categoría de la antijuridicidad, bajo la figura de una causa de justificación; mientras que, si los bienes en juego tienen una entidad jurídica simétrica, o en otros términos, si el mal que se ocasiona es equivalente al que se evita, el conflicto será tratado entonces como un EN que excluye la culpabilidad.⁵

³ Una concepción divergente es la postulada en un libro homenaje a Günther Jakobs por CADENAS (2007: 244), quien considera que el EN, en los supuestos sobre los que discute la doctrina en torno a la unificación o a la diferenciación, es una conducta atípica. En efecto, para este autor "En el marco de una concepción funcionalista del derecho penal, como la desarrollada por el homenajeado, ni el hecho cometido en el llamado estado de necesidad justificante ni en el denominado exculpante pueden configurar un injusto penal, pues frente a ellos no existe una norma penalmente garantizada. Los argumentos de orden lógico y legislativo que podrían alzarse contra ello no pueden cambiar la naturaleza de las cosas."

⁴ Término utilizado en el ámbito jurídico-penal español por quienes son partidarios de clasificar los supuestos de exclusión de la categoría de la culpabilidad penal. Sin embargo, no resulta inadecuado aceptar el uso indiferenciado de los términos 'inculpabilidad', 'exculpación', 'exclusión de la culpabilidad', en forma genérica.

⁵ Aunque partidario de una diferenciación entre estado de necesidad justificante y disculpante, BERNAL DEL CASTILLO reformula la fundamentación que sirve a la doctrina penal mayoritaria para postular la distinción entre los dos estados de necesidad, a partir de la (a)simetría de los bienes que

entran en conflicto, proponiendo que dicha distinción surja a partir de una ponderación concreta de cada caso, y no de una en abstracto como sucede cuando se sigue una regulación legislativa: "Al margen de otras consideraciones, lo que resulta evidente es que, al carecer prácticamente de criterios legales de delimitación y distinción, la concreción de los supuestos en que para el Código penal español concurre un estado de necesidad justificante y el exculpante, se convierte en un proceso complejo, en el que se mezclan criterios heterogéneos: fácticos y valorativos, formales y materiales.

"El análisis de la regulación positiva arroja escasos datos para poder distinguir legalmente entre ambas clases de estado de necesidad. En concreto el único criterio legal que el Código español aporta a la delimitación del estado de necesidad justificante y el exculpante, se encuentra en el primer requisito con que el artículo 20.5 delimita el alcance de esta eximente: "que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar". Tal criterio ha sido adoptado por la tradición doctrinal como la ratio o el fundamento de la distinción: cuando el conflicto se plantea entre bienes de distinto rango, el estado de necesidad operará como una causa de justificación, excluyendo la antijuridicidad de la acción típica que lesiona el bien de rango inferior para salvaguardar el de rango mayor. En cambio, cuando el conflicto se plantea entre bienes de entidad equivalente, el estado de necesidad no podrá ser invocado como causa de justificación, limitándose entonces el ordenamiento a exculpar la lesión de un bien para salvaguardar otro del mismo rango.

"Como se ve, tal planteamiento ofrece una distinción puramente formal y cuantitativa entre ambas clases de estado de necesidad. La doctrina ha dejado claro que resulta insuficiente e incompleta, que da lugar a consecuencias prácticas y dogmáticas insatisfactorias, y más aún, que constituye la causa de la fragilidad y contradicciones que presenta la teoría de la diferenciación en nuestro ordenamiento. *En particular puede decirse, sin lugar a dudas, que distorsiona la función y el significado del principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad, puesto que lo convierte en un mero proceso comparativo entre bienes jurídicos, regulados por el Derecho positivo.* Ello conduce a importantes consecuencias negativas, por ejemplo, a una deficiente comprensión del fundamento dogmático del estado de necesidad justificante: el criterio del interés preponderante, que queda limitado a determinación del valor jurídico de los bienes en conflicto. De esta forma se excluyen del juicio de ponderación cualquier otro dato y perspectiva valorativas y materiales, y se sitúa el proceso comparativo en un ámbito objetivo y abstracto, alejado de la óptica particularista, lo cual provoca consecuencias negativas no sólo en el estado de necesidad justificante, sino muy especialmente en el estado de necesidad exculpante, alejando del mismo aquello que en definitiva debe ser el fundamento de la exculpación: la imposibilidad de exigir subjetivamente al sujeto un comportamiento adecuado a la norma.

"La teoría de la diferenciación debe plantearse en nuestro ordenamiento de forma diferente, optando por superar la estrechez de los planteamientos formales y de los presupuestos estrictamente objetivo-causalistas y legales, ubicando en cambio el problema de la naturaleza jurídica del estado de necesidad en un plano más amplio, integrador de todos los aspectos fácticos, dogmáticos y valorativos que integran esta circunstancia. Con estas premisas es evidente que la caracterización de los estados de necesidad justificante y exculpante se convierte en un proceso complejo, atento a criterios y elementos de naturaleza heterogénea, que, por las razones apuntadas anteriormente, debe tener su punto de partida no en el precepto legal, que apenas arroja luz sobre la distinción, sino en un plano anterior, fáctico, a partir del cual por vía

En este trabajo se realiza un estudio de la discusión existente en la teoría del delito de tradición germanista en torno a la sistemática del EN, centrado en el análisis de dos problemas. El primero es el de algunas de las consecuencias dogmático-penales de elegir una posición unificadora o una diferenciadora con respecto a la acción necesaria: (i) la punibilidad o no de los partícipes de esta acción; (ii) el tratamiento del error sobre los presupuestos fácticos de la misma; (iii) la admisibilidad o no del ejercicio de una causa de justificación como la legítima defensa y el propio EN contra la acción necesaria. El segundo problema que se estudia es el del tratamiento que la dogmática penal colombiana ha realizado de esta discusión. Los dos capítulos en que se estructura el texto corresponden, en su orden, al análisis de cada uno de estos problemas.

II. Las teorías en torno a la posición sistemática del EN en la dogmática internacional de corte germanista.

1. LAS TEORÍAS MONISTAS O UNIFICADORAS.

1.1. La tesis de la unificación en la antijuridicidad: el estado de necesidad como una causa de justificación.

Según esta teoría, el EN es siempre una causa de justificación o de exclusión de la antijuridicidad del comportamiento (y por ende del injusto), independientemente de que el bien sacrificado sea de menor o igual entidad jurídica que el salvado,⁶ tesis

interpretativa, deben ser concretados los elementos y el fundamento dogmático de ambas clases de estado de necesidad." Cfr. BERNAL DEL CASTILLO (2001: 83-84).

⁶ Cfr. Por todos ROLDÁN BARBERO (1983: 515): "[l]a polarización de la idea de la adecuación en el juicio sobre la acción y la ponderación de bienes en el de resultado, se puede disolver en un único juicio complejo caracterizado por una ponderación amplia de los *intereses* en conflicto." Cursivas originales.

que es fundamentada en criterios de prevención penológica, específicamente el de la eficacia (o no) motivadora inhibitoria de la pena.

Esta tesis, originada en Alemania,⁷ es suscrita también por buena parte de la doctrina italiana⁸ y por no pocos autores en España,⁹ cuyo principal exponente, no sólo allí sino en el contexto de la dogmática penal internacional, es GIMBERNAT.

⁷ En donde la elaboró von HIPPEL, siendo luego sostenida por MAIHOFER (Cfr. GIMBERNAT, 1990a: 219) y por SAUER (1956: 197): "Puesto que entre los caracteres abstractos del delito la antijuridicidad es el círculo amplio y la culpabilidad es el más reducido, debe pues el estado de necesidad encontrar ya en primer lugar representación, como derecho necesario, entre las causas de justificación (igual que la legítima defensa) mientras que solamente la extralimitación del derecho de necesidad aparece como motivo de inculpabilidad, como un anejo del derecho necesario (igual que el exceso de legítima defensa)."

⁸ Cfr. MANTOVANI (1992: 273-274); FIANDACA/MUSCO (2006: 302-303, admitiéndolo incluso para conflictos de bienes asimétricos con sacrificio del bien mayor).

MARINUCCI/DOLCINI (2009: 256, 267, 327) proponen que se tome al EN como una excusante excepcional cuando la constricción necesaria excluye o cuando menos restringe la libertad de elegir del agente, generándole un turbamiento psicológico que lo constriñe a actuar sacrificando un bien de un tercero para evitar un peligro propio o ajeno que amenace dañar su persona.

PALAZZO (2008: 409-411), aunque suscribe la tesis del EN como causa de justificación, advierte la necesidad de admitir para el derecho italiano que el elemento de la "constricción a la necesidad" pueda permitir una subjetivización de la causal que dé lugar a su tratamiento como un supuesto de coerción psíquica del agente, que no haga irrelevante la entidad de los intereses en juego tal y como sucede con el punto de vista objetivista (2008: 394).

⁹ Cfr. GIMBERNAT (1990a: 218-230) y (1990b: 231-239); ROLDÁN BARBERO (1983: 513 y ss); CUERDA RIEZU, (1984: 238 ss.); DE TOLEDO/HUERTA (1986: 235-236); LUZÓN PEÑA (1996:622) GÓMEZ BENÍTEZ (1992: 378-382) y LARRAURI (1997: 88-93). Otros autores que suscriben la tesis de la unificación en la antijuridicidad, pero con algunas precisiones son: DE TOLEDO/HUERTA (1986: 235-236) quienes introducen dos aclaraciones. La primera de ellas, acepta la existencia de la justificación en todos los casos en los que el mal que se evita es mayor que el que se causa. La segunda, referida al EN por conflicto entre bienes equivalentes, sugiere que cuando el mal que se causa es atípico y el que se evita es típico, no puede darse una equivalencia entre los bienes. Sobre esta última cuestión, habían precisado antes los autores: "El mal causado siempre implica la realización de una conducta típica, mientras que el mal a evitar no necesariamente ha de ser producto de un comportamiento tipificado. Cuando no lo sea, el mal causado (típico) deberá considerarse (por ello) mayor que el malo que se trata de evitar (no típico)." (Cfr. *Ídem*: 234-235)

También QUINTERO OLIVARES/MORALES PRATS/PRATS CANUT (1995: 409-410) acogen la tesis del EN como causa de justificación pero fundamentada en cinco criterios: 1. La ausencia de necesidad de prevención; 2. La imposibilidad e/o incapacidad del derecho penal de valorar en términos jurídico-materiales situaciones antropológicas que no son normales sino

En efecto, considera GIMBERNAT que el EN tiene siempre el carácter de una causa de justificación en la medida que la antijuridicidad expresa lo que el legislador *no quiere* prohibir; en ella éste renuncia a motivar al sujeto a pesar de que podría hacerlo a través de la pena, y no lo quiere motivar precisamente porque valora positivamente el comportamiento realizado en situación de necesidad: el legislador

excepcionales; 3. La imposibilidad de previsión legislativa de estas conductas del EN como excepcionales; 4. La falta de coherencia político-criminal que implica el castigo de conductas propias de una situación de necesidad. Se sancionaría el infortunio o las situaciones límites, en lugar de "algo que es malo", y 5. El criterio de que los casos de EN por bienes iguales constituyen una "justificación excepcional por ausencia de desvaloración social".

Por otra parte, CARBONELL MATEU (2001: 135), asume la unificación en la antijuridicidad como una cláusula general que admite como excepción la del EN como supuesto de exculpación: "Yo creo que, efectivamente, es posible que el estado de necesidad opere en algún supuesto como excusa, pero no creo que sea simplemente la desigualdad entre los bienes o, por mejor decir, los males, esto es teniendo en cuenta la intensidad de la puesta en peligro de los de los correspondientes bienes jurídicos, el único factor determinante para otorgar una u otra naturaleza a la eximente. [...] Por el contrario, entiendo que el principio de previa distribución de los bienes jurídicos, que otorga un cierto carácter conservador al estado de necesidad, puede resultar decisivo: estará justificada la conducta de quien sacrifica un bien de igual valoración que el que trata de salvar, siempre que no juegue en su contra la previa distribución del bien jurídico; siempre, pues, que no altere el "statu quo"; por el contrario, será sólo excusable la conducta de quien, pese a salvar un bien de mayor intensidad o de mayor valoración, altera dicho "statu quo."

Una tesis de la unificación en la antijuridicidad *sui generis* es la sostenida por ORTS BERENGUER/GONZÁLEZ CUSSAC (2004: 173-186), debido a la sistemática del delito que construyen, conforme a la cual las 'excluyentes de la ilicitud' están conformadas por dos grupos de supuestos: los 'permisos fuertes' y los 'permisos débiles'. En los primeros incluyen las causas de justificación (*i.e.* la legítima defensa y el estado de necesidad justificante), y en los segundos las causas de inexigibilidad, cuyos dos supuestos son el miedo insuperable y el estado de necesidad excusante, con la consecuencia de que ambos grupos de supuestos excluyen la antijuridicidad.

Para MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN el tratamiento dualista del EN, conforme a la regulación española que analizan (eximente 5ª del art. 20 del Código penal español de 1995) "[e]s bastante artificioso, existiendo mejores razones para considerarlo una causa de justificación." Cfr. (2007: 327). En relación con el caso de los naufragos como ejemplo clásico de EN disculpante, manifiestan que "[n]ada impide que también aquí opere como causa de justificación, pues no se trata sólo de comparar el valor de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro era la única vía adecuada, dentro de los límites de exigibilidad normales en la vida ordinaria." (Cfr. *Ídem*: 389).

valora positivamente tal comportamiento y por ello, aunque puede, no quiere tachar el mismo de disconforme con el ordenamiento jurídico.

Diferencia el fundamento de esta "abstención de prohibición", de la exención de pena que se presenta en las causales de la inculpabilidad, en cuyos supuestos lo que sucede es que el Derecho, por ser la pena ineficaz para motivar inhibitoriamente al sujeto, no es que no quiera prohibir –como sucede en la justificación– sino que *no puede* prohibir, dada la ineficacia de la pena para motivar al sujeto a que se abstenga de realizar el comportamiento desvalorado por el derecho.

Es, entonces, el "querer del legislador", delimitado a partir de la eficacia preventiva de la sanción penal, el criterio que fundamenta la licitud del comportamiento realizado en situación de defensa en un conflicto de intereses en el que se sacrifica uno de igual entidad que el que se salva.

Conclusivamente, son entonces dos los argumentos utilizados por GIMBERNAT para respaldar su argumentación: i) que podríamos denominar "criterio positivo", porque mediante él pretende el autor argumentar *porqué es* el EN un problema de exclusión del injusto penal, consistente en la renuncia general del Derecho a combatir determinadas conductas mediante la conminación penal; y ii) que será un "criterio negativo", con el cual pretende argumentar *porqué no es* el EN un problema de exclusión de la culpabilidad penal, que responde a la tacha de ineficacia preventiva (general y especial) de la pena, que el Derecho realiza por razones de incapacidad de motivabilidad.¹⁰

Como se ve, a partir de una argumentación funcionalista, basada en criterios de prevención, se fundamenta la tesis de la unificación en la antijuridicidad, a la cual ha adherido posteriormente LARRAURI,¹¹ con algunos correctivos, consistentes en que

¹⁰ Cfr. GIMBERNAT (1990: 224 ss.)

¹¹ Advirtiendo que la autora, al argumentar en favor de su posición, realiza una ruptura con la argumentación utilizada por los demás partidarios de la unificación en la antijuridicidad, consistente en que para ella el criterio más relevante son los *principios orientadores de la justificación*, su significación material y su rol en el concepto y alcances de una teoría de

ésta considera que en la delimitación de las causas de justificación de las de inculpabilidad, no basta el criterio de la eficacia motivadora de la pena, sino que debe tenerse en cuenta, además, la razón que respalda esa no-desvaloración.

Ésta emana, para LARRAURI, no tanto de una fundamentación utilitarista, al estilo de GIMBERNAT, como de una argumentación basada en las teorías de la justicia, a partir de la cual el comportamiento no se desvalora y se considera aprobado por las consecuencias sociales del mismo, las cuales se deben analizar a partir del criterio de la no-generación de un daño mayor al que se pretende evitar.¹²

1.2 La tesis de la unificación en la culpabilidad: el estado de necesidad como una causa de exculpación.

Postulada en sus orígenes por FEUERBACH,¹³ fue GOLDSCHMIDT (J.),¹⁴ quien la describió y sentó sus bases, para luego ser defendida por MAYER,¹⁵ y FRANK¹⁶ en Alemania.

la justificación penal, lo que no hacen los demás autores, quienes recurren a planteamientos funcionalistas de prevención de la pena para respaldar su posición, relativizando con ello la relevancia de los principios que destaca LARRAURI.

¹² Cfr. LARRAURI (1997: 89): “[e]l ámbito de comportamientos a excusar son sólo aquellos en los cuales se causa un daño mayor -esto es lo que hay que exusar-. [...] Por el contrario, las eximentes que contengan un límite normativo “mal menor o igual”, o los comportamientos que no han ocasionado un daño mayor del evitado, o aquellas conductas que no sean socialmente desvaliosas, debieran tener la consideración de comportamientos autorizados.” Y, más adelante (*Ibíd*: 93), concluye: “Si un comportamiento no puede ser exigido con carácter general, carece de sentido declarar este comportamiento injusto.”

¹³ Cfr. FEUERBACH (2007: 90), que aunque no analizaba la problemática desde la perspectiva sistemática del delito contemporánea, se refería ya a los supuestos que excluyen la culpabilidad conforme a los principios de la imputación (Cfr. *Ibíd*: 89), o simplemente a supuestos constitutivos de “estados no culpables” (Cfr. *Ibíd*: 90-91), como por ejemplo el hurto de alimentos como caso especial del EN.

¹⁴ Cfr. GOLDSCHMIDT (2010: 378 ss.). Aunque el trabajo de GOLDSCHMIDT es tan ilustrador de la problemática que para JESCHECK es más atribuible a GOLDSCHMIDT la configuración de la teoría de la diferenciación ortodoxa: “*Goldschmidt* fue el primero en sustraer la doctrina del estado de necesidad a la situación de “lamentable confusión” en que se encontraba, y en alumbrar una nueva comprensión del mismo por medio de una consideración

GOLDSCHMIDT defiende esta postura basado en su concepción normativa de la culpabilidad jurídico-penal (a la que FRANK y él mismo contribuyeron), y en la regulación vigente en el ordenamiento jurídico del Imperio Alemán de la época, conforme a la cual existía un derecho de necesidad previsto en las normas del derecho civil, que para GOLDSCHMIDT es de carácter general¹⁷ y objetivo, esto último porque el bien lesionado es de menor entidad que el salvaguardado, quedando un *estado* (no un *derecho*) de necesidad como problema del derecho penal, que debía tratarlo como un asunto de la culpabilidad.¹⁸

MAYER considera el EN junto a la coacción, como especies de una causa de exculpación genérica: la necesidad.¹⁹ FRANK, por su parte, consideraba que la

diferenciadora. **La teoría de la diferenciación**, reconocida hoy por la contraposición de estado de necesidad justificante y exculpante en los §§ 34 y 35, se pregunta si el ordenamiento jurídico, a la vista de todos los aspectos relevantes, aprueba como correcta la acción realizada en estado de necesidad o sólo la considera disculpable." Cfr. JESCHECK (1981-I: 484) - cursiva y negrilla originales-.

¹⁵ Cfr. MAYER (2007: 375-388).

¹⁶ Cfr. FRANK (2000: 31).

¹⁷ "Pero incluso en aquellos casos donde la competencia del legislador penal desde un punto de Derecho público no es otra que la que puede tener el legislador civil o administrativo, puede tener el legislador todos los motivos para no decidir *en passant* sobre cuestiones previas relativas al derecho civil o administrativo en caso de una modificación del Derecho penal..." Cfr. GOLDSCHMIDT (2010: 346). Y sobre este derecho de necesidad afirmaba posteriormente: "Efectivamente, se puede concebir un Derecho de necesidad no sólo para lesionar bienes materiales, sino también con respecto a intereses secundarios de carácter policial u otros de carácter administrativo -en el Derecho penal administrativo podría el estado de necesidad ser considerado como una causa de justificación, y ciertamente no sólo en caso de peligro para la vida o integridad física, sino también, como en el caso de los derechos de necesidad para una lesión material, a favor de cualquier interés jurídico en caso de interés preponderante-; la lesión de bienes jurídicos ajenos de carácter personal, así como de intereses colectivos importantes, en particular la seguridad del Estado, producida en un estado de necesidad, únicamente puede ser "exculpada". Cfr. GOLDSCHMIDT (2010: 378-379).

¹⁸ "Con ello llegamos al estado de necesidad como causa de exculpación. A este concepto pertenecen las lesiones y la puesta en peligro de todos aquellos bienes jurídicos posibles. Con todo, parece aquí ciertamente discutible con qué alcance hay que trazar el círculo de los bienes susceptibles de estado de necesidad." Cfr. GOLDSCHMIDT (2010: 379).

¹⁹ Cfr. MAYER (*Ídem*: 376): "[e]l salvamento antijurídico puede ser inculpable. ¡La necesidad no conoce ley! La ley tiene que determinar dentro de qué límites las lesiones jurídicas se han de considerar como inculpables."

atribución de la figura a la categoría de la culpabilidad, era posible a partir de su concepción no psicologista de esta categoría, mediante la cual es posible incluir como elementos de ésta, al lado del dolo y la imprudencia, otros elementos concomitantes bajo los cuales es realizado el hecho (entre ellos el EN) y la imputabilidad.²⁰

2. LAS TEORÍAS DIFERENCIADORAS.

Esta clasificación incluye la distinción entre una 'tesis ortodoxa' y algunas 'tesis heterodoxas' de la diferenciación.

2.1 Tesis ortodoxa de la diferenciación: el EN como causa de justificación y como causa de exculpación.

Sus partidarios proponen la bifurcación del EN en 'causa de exclusión del injusto' y 'causa de exclusión de la culpabilidad', según que el conflicto de intereses en juego involucre bienes de entidad diferente y se salve el de mayor valor, o de simétrica entidad sin que sea posible afirmar razonablemente que el que se ha sacrificado sea de menor valor que el que se salva,²¹ respectivamente.²² Es la teoría mayoritaria en las dogmáticas penales alemana²³ e hispanoamericana²⁴ contemporáneas.²⁵

²⁰ Cfr. FRANK (2000: 36-37). Llegando a plantear más adelante (*Ídem*: 44): "La denominación del estado de necesidad como causa de exclusión de la culpabilidad es tan correcta y a su vez tan equivocada (...)."

²¹ Cfr. Por todos, BERNAL DEL CASTILLO (2001: 86): "En el orden de las causas de justificación, su fundamento dogmático es el *principio del interés preponderante*, de tal manera que, a efectos penales, queda justificada la lesión típica del bien o valor en cuya salvaguarda el ordenamiento tiene un menor interés como medio de evitar un daño al interés de preferente protección. La conclusión, tras realizar la actividad ponderativa, de que el interés lesionado es de igual o mayor entidad que el interés que se intentaba salvaguardar, impide la apreciación del estado de necesidad justificante, por no cumplirse el fundamento material de la justificación. En este caso, debe valorarse la posible eficacia exculpatoria del conflicto, de lo cual se deduce que la naturaleza exculpante del estado de necesidad es residual y subsidiaria, fundamentada

en principios distintos del interés preponderante, inoperante en este caso, más adecuados a la dimensión subjetiva del conflicto. En concreto, el fundamento adecuado para valorar la posible naturaleza exculpante del estado de necesidad es el *principio de inexigibilidad*.”.

²² Quedando proscrito, como supuesto de este instituto, el conflicto que se presente entre bienes de diferente valor en el que resulte salvado el de valía menor y por ende sacrificado el de mayor entidad. No obstante, FIANDACA/MUSCO (*Op. cit.*: 303), dejan abierta la viabilidad de un EN en situaciones de sacrificio de un bien mayor.

²³ En donde se origina con BERNER. Cfr. JESCHECK (1981-I: 484).

Entre los autores alemanes que siguen la tesis ortodoxa de la diferenciación se encuentran MEZGER (2010-I: 392); WELZEL, que en alguna de las ediciones de su Manual había sostenido la tesis de la unidad (Cfr. GIMBERNAT (1990a: 219), quien se refiere al EN justificante como “estado de necesidad del derecho civil” y al disculpante como “estado de necesidad penal” (Cfr. WELZEL, 1955: 95-96 y 1997: 108-110, 211-213); WESSELS (1980: 86-88, 119-123); JESCHECK (1981-I: 490-502; 658-670 y 2002: 377-394; 515-526); ESER/BRUKHARDT (1995: 256 Y 369-375), HIRSCH (1999c: *passim*) STRATENWERTH (1982: 136-139; 191-194), ROXIN (1997: 686-690; 896-925); JAKOBS (1997: 493-496; 688-690); ESER/BRUKHARDT (1995: 252-256 y 365-374) y FRISTER (2011: 343-362 y 387-390).

²⁴ Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA (1961-IV: 366-370); MIR PUIG (1983: 501-520); COBO/VIVES (1999: 517-518; 694-696); CUELLO CONTRERAS (2002: 840-842; 1133-1144 -tratando al EN disculpante como un supuesto de miedo insuperable que excluye la reprochabilidad como elemento de la culpabilidad-); RIVACOBA (1995: 196-197); BUSTOS/HORMAZÁBAL (1999: 139-143); CURY (1992-I: 370-374); PAVÓN VASCONCELOS (2000: 365-366 y 491); POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2003: 228-231); ZAFARONNI (2000: 602-603 y 712-716).

Un caso especial en los partidarios de la teoría de la diferenciación es la posición de CEREZO MIR, quien la acepta pero con sendas restricciones tanto para el EN justificante como para el exculpante. En cuanto a la restricción del justificante afirma que “[e]l estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se ha tratado de evitar siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana. (...) “Cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, pero se haya cometido una grave infracción del respeto debido a la dignidad de la persona humana, la conducta será ilícita y cabrá frente a ella la legítima defensa. El estado de necesidad sólo podrá tener, en estos casos, la naturaleza de una causa de inculpabilidad. Cfr. CEREZO MIR (2000-II: 270).

Por su parte, con relación al EN exculpante, manifiesta que “Es preciso llevar a cabo una interpretación restrictiva de la eximente de estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales. En primer lugar, hay que tener en cuenta que en el estado de necesidad en caso de conflicto de intereses iguales es menor ya lo injusto, en todo caso el desvalor de la acción, pues el sujeto realiza la acción típica para salvaguardar otros intereses, de igual entidad, protegidos por el derecho y si consigue salvaguardar esos intereses será también menor el desvalor de resultado”. Cfr. CEREZO MIR (*Ídem*: 272).

²⁵ Sostienen también la teoría de la diferenciación ortodoxa, en Italia CANESTRARI/CORNACCHIA/SIMONE (2007:563-564), quienes sugieren la conveniencia de la tesis de la diferenciación germana, pero fundamentando el EN disculpante en el reconocimiento de una anormalidad en la formación del proceso motivacional del agente que da lugar a ausencia de culpabilidad; y, en Portugal, DE FIGUEIREDO (2011: 441-458 -denominando al EN justificante “derecho de necesidad; restringiendo además los bienes

2.2. Tesis heterodoxas:

Conformadas por tres tendencias doctrinales: la primera, constituida por la diferenciación entre el 'EN causa de justificación' y el 'EN neutral al orden jurídico o perteneciente al ámbito libre del derecho'; la segunda, que postula un 'EN causa de exclusión del injusto' y un 'EN excluyente de la responsabilidad por el hecho'; y la tercera, que sostiene la existencia de un EN como causa propia y como causa impropia de justificación.

2.2.1. La teoría de la neutralidad o del ámbito libre de valoración jurídica.

Esbozada en Alemania por BINDING,²⁶ bajo la denominación de '*teoría del comportamiento neutral*', y por BELING,²⁷ ha sido replanteada por Arthur KAUFMANN,²⁸ ya bajo la presentación de la '*teoría de ámbito libre del Derecho*', considera que el comportamiento realizado en EN 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.

KAUFMANN plantea que en estos supuestos²⁹ el ordenamiento jurídico prescinde de realizar una *valoración racional*³⁰ sobre el comportamiento de salvaguardia del

jurídicos ponderables para el EN disculpante sólo a aquellos "individuales elementales: la vida, la integridad física y la libertad (2011: 613-614).

²⁶ Ello en el ámbito jurídico penal. Sin embargo sus antecedentes se remontan a los planteamientos de Hugo GROCCIO, los cuales fueron recogidos por PUFENDORF y KANT, para ser trasladados a la teoría del delito por BINDING. Al respecto, Cfr. LAURENZO (1990:269).

²⁷ Cfr. GÜNTHER (1995: 52, nota 14).

²⁸ Cfr. KAUFMANN (1997: 407-419).

²⁹ "El espacio libre de derecho se relaciona con los casos de necesidad (estado de necesidad, interrupción del embarazo, participación en el suicidio). Su regulación jurídica estriba en que la conducta correspondiente, conforme a la ley penal, *bajo determinados supuestos, se*

interés menor involucrado en el conflicto, abstención que conlleva lógicamente a que dichos comportamientos no puedan ser calificados como conformes ni disconformes a derecho, en la medida que están dentro de un ámbito de libertad propio del derecho,³¹ libertad referente a ese espacio del orden jurídico en el que están inmersos los comportamientos neutros,³² o que no son desvalorados a través de prohibiciones ni tampoco avalados como permisos por el ordenamiento jurídico.³³

Surge entonces con esta teoría, dentro de la entidad conceptual del injusto, una nueva categoría jurídico-penal, para obtener así una nueva configuración sistemática de la antijuridicidad compuesta por tres subcategorías: la de las acciones lícitas o

declara como "no punible". La pregunta acerca de lo que ha de entenderse por "no punible" -no antijurídica, no culpable, etc.- no es regulada por el legislador, esto le queda reservado a la jurisprudencia y a la doctrina." Cfr. KAUFMANN (1997: 409).

³⁰ *"Espacio libre de derecho no significa jurídicamente no regulado, sino jurídicamente no valorado. (...) [e]n el espacio libre de derecho se trata de acciones relevantes y reguladas jurídicamente, que pese a ello no pueden ser valoradas, pertinentemente, ni en cuanto conformes a derecho, ni en tanto antijurídicas. A manera de caracterización de dicha conducta se impuso la expresión, poco acertada, de "no prohibidas". Correcto sería, más bien, hablar de espacio libre de valoración jurídica." Cfr. KAUFMANN (1997: 408).*

³¹ *Libertad que se extiende a la esfera de la autonomía personal: "Espacio libre de derecho significa que el orden jurídico renuncia a valorar la conducta respectiva. Quien actúa es responsable por sí mismo del grado de corrección de su actuación. Cfr. KAUFMANN (Ídem: 416).*

³² *"El problema cardinal de la teoría del espacio libre de derecho reside en la pregunta sobre si todas las formas de comportamientos relevantes penalmente no pueden ser concebidas, adecuadamente, en tanto "jurídicas" y "antijurídicas" (aquí no se trata de "inocencia o culpabilidad"). La pregunta ha de responderse negativamente. Las dos categorías se tornan inoperantes, principalmente en los casos de conflictos trágicos y de necesidad existencial, esto es, en situaciones límite." Cfr. KAUFMANN (1997: 409).*

³³ *En contra, por todos, JAKOBS (1995: 494): "[l]o no prohibido (o situado en el ámbito exento de derecho) sí que está jurídicamente regulado, al renunciarse al juicio de antijuridicidad, en la medida en que se interrumpe la imputación; lo específico de lo no prohibido o jurídicamente exento reside únicamente en la circunstancia 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." También se muestra contrario a esta concepción HIRSCH (1999b: 97-119).*

jurídicamente aprobadas; la de las acciones no prohibidas ni autorizadas por el Derecho; y, la de las acciones ilícitas o desaprobadas.³⁴

Esta nueva categoría se corresponde con un valor que KAUFMANN erige como criterio ético-político que permite explicar la funcionalidad de esta doctrina en un Estado de derecho: el principio de tolerancia.³⁵ "La doctrina del espacio libre de derecho es un ejemplo clásico de cómo ha de ser configurado el derecho en una sociedad de riesgo, pluralista, tolerante".³⁶

Hay dos precisiones pertinentes en aras de una mejor comprensión de esta directriz doctrinal:

a) Que el ámbito libre del Derecho no es plenamente coincidente con el silencio de la ley. Ello porque existen acciones que ontológicamente se adscriben al ámbito de a-valoración jurídica, sin que sea necesario entonces considerar que están allí porque el legislador deliberadamente guardó silencio frente a ellas. Tal abstención de valoración no existe entonces tanto porque el legislador guardó silencio frente a ellas como por la "naturaleza" de algunos comportamientos que los mantiene insertos en ese sector de lo neutral del ordenamiento jurídico.³⁷

³⁴ "La categoría *no prohibido* tiene su ubicación sistemática "entre" la juridicidad y la antijuridicidad (...) [r]especto de las valoraciones "jurídico" y "antijurídico" precisamente existe también una tercera posibilidad: el *abstenerse de valorar*. Cuando se valora, esto sucede conforme a la medida de categorías "jurídico-antijurídico", pero *no se tiene que valorar*." Cfr. KAUFMANN (1997: 414-415).

³⁵ En primer lugar y, ante todo, tolerancia frente a la *mujer embarazada*, a la que no se puede tildar por decidir de manera diferente a lo que uno crea correcto. Pero también es necesaria la tolerancia frente al *niño concebido y no nacido*, que tiene un derecho a la vida. Finalmente, se debe ejercer, así mismo, tolerancia frente a los *partidarios* y a los *enemigos del aborto*. Jamás se podrán colocar todos en forma satisfactoria bajo una misma postura. *Pero actuar responsablemente significa que todos estos puntos de vista han de ser tenidos en cuenta seriamente para la decisión.*" Cfr. KAUFMANN (1997: 417).

³⁶ Cfr. KAUFMANN (1997: 419).

³⁷ LAURENZO, interpretando la tesis del ámbito libre del Derecho, incluye dentro de estos comportamientos "connaturalmente" vinculados al ámbito libre del derecho, las indicaciones del aborto, tras considerar que las situaciones en ella previstas forman parte de lo no jurídico y en verdad el legislador al regularlas no hace más que "trazar lo límites hasta donde alcanzan las normas". Cfr. LAURENZO (1990: 270).

b) La aceptación de los comportamientos vinculados al “ámbito libre del Derecho” no implica la vía libre para la existencia de lagunas jurídicas. Esta formulación genera importantes consecuencias en lo que al momento valorativo judicial respecta, dado que con ella se veda al juez la posibilidad de pronunciarse frente al silencio legal que guarda el legislador ante las conductas frente a las cuales la valoración estatal es neutral.³⁸

2.2.2 *La teoría del estado de necesidad excluyente de la antijuridicidad y de la responsabilidad por el hecho.*

Propuesta por MAURACH,³⁹ sostiene que al lado del EN como causa de justificación, se encuentra el EN por conflicto entre bienes equivalentes, como una causa excluyente de la *responsabilidad por el hecho*, categoría intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad. En España son partidarios de esta tesis BACIGALUPO⁴⁰ y LAURENZO.⁴¹

Éstos sitúan el EN por conflicto entre bienes equivalentes como una causa excluyente de la ‘responsabilidad por el hecho’, con el argumento de que este

³⁸ “Si por laguna se entiende toda “insuficiencia contraria al plan” del legislador o de la ley, entonces al juez sólo le cabe la misión de cubrir el silencio legal cuando la insuficiencia sea “voluntaria”. Si por el contrario, la no valoración legal de la conducta puede interpretarse como “consciente” o “deliberada”, entonces al juez le está vedado asignar consecuencias jurídicas al hecho en cuestión. Cfr. LAURENZO (1990: 270-271).

³⁹ Cfr. MAURACH/ZIPF (1994-I: 465-466; 568 ss.).

⁴⁰ “La categoría dogmática de la responsabilidad por el hecho se fundamenta, por un lado, en la diferencia que existe entre la exclusión de la pena proveniente de la ausencia de antijuridicidad, que implica una falta total de desaprobación por parte del orden jurídico, y la exclusión de la pena resultante de la falta de desaprobación jurídico-penal, es decir, la que se expresa en la renuncia del Estado a sancionar una acción típica y antijurídica *aunque haya sido realizada culpablemente*. Por otro lado, se fundamenta la diferencia que existe entre los supuestos que componen esta categoría y las causas que excluyen la culpabilidad en sentido estricto (causas que excluyen la capacidad de motivación o la imputabilidad y el error de prohibición).” Cfr. BACIGALUPO (1998: 287).

⁴¹ Cfr. (1990: 319-324).

instituto no alcanza a convertirse en un problema de culpabilidad, en la medida que no involucra supuestos de exigibilidad de obrar conforme a derecho, teniendo sí directa relación con una “[n]otable disminución del contenido de ilícito que implica siempre la salvación de un bien jurídico, aun cuando ello suponga la lesión de otro igualmente tutelado por el Derecho.”⁴²

Según esta doctrina, la categoría de la responsabilidad por el hecho no consiste en un juicio de reproche individualizado que se efectúa sobre el autor por el injusto cometido, como sí sucede con la culpabilidad, sino que simplemente denota en aquél el incumplimiento de las facultades que jurídicamente se presumen permitidas al hombre medio. Premisa de esta consideración es la tesis de que el ordenamiento jurídico contiene presunciones relativas a la normalidad o cotidianidad de las relaciones interpersonales, las cuales involucran valoraciones relativas a los comportamientos riesgosos que deben encararse diariamente para poder hacer posible el curso de la vida social, entre las cuales consideran ínsitas las conductas tendientes a la salvación de los bienes jurídicos cuando éstos se encuentren amenazados o en peligro, y que tienen en su contracara un bien jurídico de similar entidad al que se salva.⁴³

⁴² “Junto a las causas de justificación, que expresan la *aprobación del orden jurídico* respecto del hecho típico, existen otros supuestos en los que el Estado renuncia a la aplicación de una pena por la *insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para la aplicación de una pena*. Una cosa es que el orden jurídico *apruebe* la realización de una acción (la justifique) y otra cosa es que la gravedad de la ilicitud sea insuficiente para legitimar el ejercicio del *jus puniendi*. Desde el punto de vista de la confianza en la vigencia de las normas ambas cuestiones son diversas.” Cfr. BACIGALUPO (1998: 278); también LAURENZO (1990: 251).

⁴³ Cfr. LAURENZO, aunque adhiere a la tesis del estado de necesidad por conflicto entre bienes de equivalente entidad como causa de exclusión de la ‘responsabilidad por el hecho’, no coincide con sus otros partidarios, en lo que a los contenidos de dicha categoría respecta. Para la autora, esta categoría puede ser reformulada a partir de la función que cumple el Derecho penal dentro del Ordenamiento Jurídico, y de conformidad con los fundamentos y las consecuencias jurídicas que cada una de las categorías dogmáticas del delito tiene adscritas. Así, la antijuridicidad se fundamenta en la exclusión de lo ilícito de aquellas conductas que, siendo típicas, pueden recibir juicio de *aprobación jurídica* dado que no son merecedoras de pena, y no cumple en ellas ningún papel la función preventiva del Derecho penal. Reciben entonces estas conductas un juicio de

2.2.3. La tesis del EN como causa "general" y como causa "genuinamente penal" de justificación.

Esta doctrina, más que ser una construcción específica en torno a la posición sistemática del EN, lo es de la *categoría* de la antijuridicidad. Ha sido postulada por GÜNTHER y se caracteriza principalmente por acuñar la distinción entre la antijuridicidad '*general*' y la antijuridicidad '*genuinamente penal*'.

Sus orígenes se remontan al objetivo de desarrollo de la funcionalización del sistema del delito propuesta por ROXIN, acometido por varios de sus discípulos, entre ellos GÜNTHER, para quien el procedimiento de incorporación de criterios teleológico-funcionales a las categorías del delito sustrajo del mismo a la antijuridicidad, centrándose en la tipicidad y la culpabilidad.

Es por ello que GÜNTHER clasifica esta categoría en dos tipos o clases, a partir de la generalidad o especificidad de las causas que la excluyen, formulando así las categorías de la '*antijuridicidad general*' y la '*antijuridicidad genuinamente penal*',⁴⁴ entendiendo la primera como un concepto extractado de la teoría general del derecho, cuyo aspecto negativo está conformado por las '*causas de exclusión del*

valoración positiva, a la luz de la función preventiva que cumple la categoría de la antijuridicidad penal. Más allá, la categoría de la responsabilidad por el hecho, asentada en lo que a sus fundamentos se refiere, en la aceptación de la disminución de lo ilícito como consideración *autónoma* de fundamento de exclusión de la pena -rayando con ello con la doctrina tradicional que la acepta como fundamento de causas de justificación pero no autónomo fundamentador de una categoría independiente-, se encargará de excluir de punición aquellas *conductas* -recuérdese que no consiste la categoría en un juicio sobre el autor- que sin ser posible realizar sobre ellas una valoración positiva el ordenamiento Jurídico, imbrican una disminución de lo injusto que permite fundamentar la exclusión de pena en dichos supuestos, entre los cuales se encuentra el del estado de necesidad por conflicto entre bienes de equivalente entidad: "Del mismo modo que no es conveniente, por las razones preventivas antes señaladas, incluir en una misma categoría supuestos de exclusión y simple disminución de lo ilícito, tampoco hay motivos de fondo para resignarse a tratar estos últimos casos en el plano de la culpabilidad. Cfr. LAURENZO (1990: 320).

⁴⁴ "Unas reglas unitarias de justificación en todos los sectores jurídicos no podían satisfacer cumplidamente las diversas misiones de los respectivos sectores jurídicos ni acomodarse a los diversos contextos de las regulaciones." Cfr. GÜNTHER (1995: 50).

injusto general', y la segunda como un concepto al cual corresponde el criterio del '*injusto penal'*,⁴⁵ cuyo lado negativo está compuesto por las '*causas de justificación genuinamente del injusto penal o propiamente penales'*.⁴⁶

Esta clasificación implica la postulación de causas de justificación de diversa intensidad o de una tipología de causas de justificación con *eficacia justificante decreciente*.⁴⁷ Las '*causas de justificación generales'* las asimila a lo que la doctrina penal alemana mayoritaria considera normas permisivas de carácter general. Sostiene que excluyen el carácter injusto general del comportamiento, es decir, en todos los sectores del orden jurídico. Las '*causas de exclusión del injusto penal'*, por su parte, las considera la regla en materia de exclusión de lo ilícito penal, siendo propio de

⁴⁵ "[p]or ello hablo de "injusto penal" para delimitarlo del concepto más amplio de injusto, que se forma a través de todas las parcelas jurídicas de un ordenamiento jurídico unitario. Todo injusto penal es simultáneamente injusto a efectos de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento es ya un injusto penal, un injusto jurídicopenalmente relevante. El injusto penal es una forma cualificada de injusto. La razón de la cualificación es el especial merecimiento de pena, que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto, o sea, del peso del bien jurídico afectado (desvalor de resultado) y de la reprobabilidad de las modalidades de la acción (desvalor de la acción)." Cfr. GÜNTHER (1995: 47).

⁴⁶ Cfr. GÜNTHER (1995: 48).

⁴⁷ Cfr. GÜNTHER (1995: 53). Y agrega posteriormente: "La teoría de los grados del injusto, indiscutida como tal en doctrina alemana, desde KERN parte de la base de que también cabe graduar el injusto en el ámbito de la justificación. Cuantos más elementos de una causa de justificación se cumplan o cuanto más insignificativamente sean rebasados sus límites, tanto más se aproxima la acción al límite del derecho, o sea que es *casi conforme a derecho*. Es cierto que la posición mayoritaria es la de dar respuesta a ese fenómeno sólo dentro del marco de la *medición de la pena* o de las *posibilidades procesales de restringir la persecución penal*, y que un sector considera las disminuciones del injusto en el ámbito de la *culpabilidad*, pero no obstante se trata de la cuestión del *injusto jurídicopenalmente relevante* y por ello necesariamente debe y también puede resolverse en el ámbito de los elementos del delito referidos al injusto, para lo que basta únicamente considerar que la misión de los mismos consiste en caracterizar la conducta jurídicopenalmente relevante, merecedora de pena y de una elevada reprobación. (...) Y una conducta que es "casi conforme a derecho" no es merecedora de una elevada reprobación. Por ello los casos de considerable disminución del injusto debido a un escaso exceso en las facultades jurídicas deben clasificarse como causas de exclusión del injusto penal." Cfr. GÜNTHER (1995: 58-59); cursivas del texto.

ellas que no excluyen necesariamente el carácter ilícito de la conducta típica, sino sólo la *desaprobación penal de la misma*.⁴⁸

La doctrina reseñada puede esquematizarse a partir de tres criterios:

a) En cuanto a los objetos de uno y otro juicio de antijuridicidad: el de la *general* versará sobre un *comportamiento humano* incorporando la mayor parte de particularidades posibles de todo del ordenamiento jurídico, mientras que el de la *penal* recaerá sobre la *conducta típica*, a partir de criterios exclusivamente jurídico-penales.

b) En cuanto a las relaciones entre antijuridicidad general y penal: en esta postura se predica una *relación de subordinación* de la segunda hacia la primera. Tal subordinación conlleva a formular la regla de que toda conducta *penalmente* antijurídica tendrá necesariamente la característica de antijuridicidad general, mas no toda conducta antijurídica general tiene necesariamente que ser penalmente antijurídica.

c) En cuanto a las *consecuencias* de las causas de exclusión de las antijuridicidades: las causas de exclusión de la antijuridicidad penal se limitan a levantar el juicio de desvalor de injusto del comportamiento típico, restricción que no tienen las excluyentes de la antijuridicidad general, que tienen efectos para todo el ordenamiento jurídico.

3. ANALISIS DE LAS CONSECUENCIAS DOGMÁTICAS DE LAS DIFERENTES TENDENCIAS DOCTRINARIAS.

Las teorías descritas sobre la posición sistemática del EN, presentan problemas dogmáticos a partir de las consecuencias que implican en el sistema del delito. Tres

⁴⁸ "Su concurrencia tiene la misma eficacia que si la conducta no fuera ya típica: no hay injusto jurídicopenalmente relevante, tanto si la acción es conforme a derecho o antijurídica en el sentido del ordenamiento jurídico." Cfr. GÜNTHER (1995: 49).

de estos problemas dogmáticos más relevantes son (i) la punibilidad o no de los partícipes de una acción de defensa analizada como hecho principal o del autor; (ii) la relevancia o no del error sobre los presupuestos fácticos del EN, y (iii) la (in)admisibilidad de legítima defensa contra la acción realizada en situación de necesidad. El análisis de cada una de ellas según los criterios de las distintas teorías se realiza a continuación.

3.1. Estado de necesidad y participación:

3.1.1 Teoría de la unificación en la antijuridicidad.

El de la punición de los partícipes es uno de los problemas centrales en la polémica de la naturaleza jurídica del EN. Para quienes consideran que éste es siempre una causa de justificación, este planteamiento les lleva, previo acogimiento de la teoría de la accesoriedad limitada de la participación,⁴⁹ a postular la tesis de que la participación delictiva en una acción realizada en situación de necesidad es impune, por faltar el hecho principal antijurídico desde el cual pueda derivarse la responsabilidad penal de los partícipes. En efecto, si el hecho principal adquiere aprobación de parte del ordenamiento jurídico, carece de sentido que no fuese también aprobada por éste la conducta accesoria del partícipe.

3.1.2 La teoría de la unificación en la culpabilidad.

⁴⁹ Aclarando que la adopción de esta postura respecto a la participación no emana de la tesis que en torno a la naturaleza del EN estos autores acogen. El planteamiento de la accesoriedad limitada es más bien una de las cuestiones de gran consenso en la doctrina jurídico-penal a partir de la consolidación de la teoría del injusto personal. Por ello, como se verá, no es incompatible con las diferentes teorías respecto a la ubicación sistemática de la eximente en estudio. Para el tema de la accesoriedad de la participación y su fundamentación Cfr. ROBLES PLANAS (2003: 166-180).

Si el EN –independientemente de la entidad de los bienes en juego–, es siempre un problema de culpabilidad, la posibilidad de punir a los partícipes queda abierta, aunque, en este punto, resulta necesaria una aclaración, relativa a la formulación del planteamiento de la accesoriedad de la participación cuyo entendimiento tradicional por la doctrina –no sólo la partidaria de la unificación en la antijuridicidad– ha hecho que se piense que siempre que el hecho principal sea tachado de injusto, sobreviene la punición del partícipe.

Aquí cabe plantear que la accesoriedad de la participación hace que se considere lógico que si el hecho principal no es antijurídico, la impunidad de los partícipes no sobrevenga, más no que si el hecho principal es injusto, *per se*, la responsabilidad penal de los partícipes esté acreditada, lo que al parecer se desprende del planteamiento doctrinal mayoritario.⁵⁰ Lo que se argumenta es, básicamente, que la circunstancia de que el hecho principal sea valorado como injusto sólo torna *potencialmente* en responsables a los partícipes, dado que esta valoración no exime de realizar respecto de la responsabilidad de estos últimos, el correspondiente juicio de culpabilidad como parte de la declaratoria de responsabilidad penal.⁵¹

⁵⁰ En torno a este planteamiento es pertinente la siguiente precisión: de parte de los doctrinantes que encaran el problema de la naturaleza jurídica del EN existe la tendencia a considerar, cuando se invocan argumentos y puntos debatidos se trata, que la accesoriedad de la participación en esta materia conlleva, afirmado un injusto penal respecto del comportamiento del autor o acto principal, *per se*, por ese sólo hecho, la punibilidad de los comportamientos de los partícipes. Con esta forma de entender esta figura se soslaya que la responsabilidad penal de los partícipes, pese a que su hecho es catalogado como secundario o accesorio, debe ser verificada estrato por estrato del delito, y que por ello no basta con la afirmación del carácter ilícito del comportamiento principal para predicar la punibilidad de los actores de los partícipes. A éstos debe realizárseles cada uno de los respectivos juicios de valor penal, de tipicidad, de justificación y de exigibilidad.

⁵¹ Incluso cabe plantearse la posibilidad, sin ascender al ámbito de la exigibilidad, de que los partícipes de un hecho que ha sido calificado como injusto sean excluidos de punición por estar inmersos en un error de tipo. Ello ratifica la idea de que no existe, *per se*, punición de los partícipes cuando el hecho principal es 'apenas' injusto. Tal característica del hecho principal indica sólo la punibilidad de los partícipes de una manera *potencial*.

3.1.3 Tesis del ámbito libre del Derecho.

Ha quedado establecido que para los partidarios de esta doctrina el EN por conflicto entre bienes de entidad diferente en el que el bien de mayor valor resulta salvado con la acción de necesidad ostenta la categoría de una causa de justificación, en el colateral entendimiento de que la otra modalidad existente, esto es, la del que versa sobre bienes de valor equivalente, es uno de los supuestos de 'acciones no prohibidas', valoración que se desprende del criterio de neutralidad del Derecho, entendido este juicio de valor como la imposibilidad que tiene el orden jurídico para emitir un juicio racional de valor (o disvalor) sobre una tal situación de conflicto.

Planteado en estos términos, en el EN como causa de justificación en sentido estricto (conflicto de bienes de desigual valor con salvación del prevalente), la acción realizada por los partícipes estará, al igual que el hecho principal, justificada; entretanto, en el supuesto de EN 'no prohibido' o 'jurídicamente neutral', los partícipes son tratados con la impunidad de su comportamiento, pues si el hecho principal no está ni prohibido ni permitido por el Derecho, así lo estará también el hecho accesorio de los partícipes.

3.1.4 La tesis de la responsabilidad por el hecho.

La participación en un comportamiento necesario realizado en el marco de un conflicto de bienes que salva el de mayor entidad, por tratarse de una causa de justificación, es impune, por vigencia del principio de accesoriedad de la conducta del partícipe. Por su parte, cuando la participación se realiza sobre un comportamiento lesivo de un bien jurídico de simétrica entidad que le disputaba reconocimiento jurídico, la acción del partícipe será impune por faltar la responsabilidad por el hecho, con la característica de que si bien es cierto dicha eximente no elimina el carácter

ilícito del comportamiento accesorio (como tampoco el del principal), sí representa una disminución sustancial del injusto,⁵² también predicable, por accesoriedad, del imputable a los partícipes.⁵³

3.1.5 Tesis ortodoxa de la diferenciación.

Bajo sus argumentos la participación, como institución accesorio que es, se regirá por las reglas propias del conflicto entre bienes que se suscite: si el conflicto suscitado involucra bienes de asimétrico valor y el lesionado ostenta una entidad menor a la del salvado, por no ser un comportamiento antijurídico, la participación se tornará impune, dado que sobre ella recaerá extensivamente el juicio de justificación de la conducta principal. De otro lado, si el antagonismo entre bienes involucra unos de desigual valor, habrá un hecho principal antijurídico, en la medida que no se puede emitir un juicio de aprobación del comportamiento por carecer el derecho de criterios que permiten avalar la lesión del bien sacrificado, con lo que sobre el hecho del partícipe recaerá un potencial desvalor de injusto y de juicio positivo de responsabilidad penal generadores de punibilidad.

3.2. Estado de necesidad y error sobre sus presupuestos.

De lo que se trata en este problema, fundamentalmente, es de revisar si para las distintas soluciones doctrinales existentes en torno a la naturaleza jurídica del EN, el

⁵² Ello en la perspectiva de la "responsabilidad por el hecho" presentada por LAURENZO (1990: 319-322).

⁵³ De allí que por ello afirme BACIGALUPO, sobre esta no-extensión de la punibilidad a los partícipes, que la misma opera "en principio": "[l]as causas que excluyen la responsabilidad por el hecho no tienen un efecto uniforme respecto de los partícipes; mientras el estado de necesidad disculpante puede extenderse a todos los que toman parte en la comisión del hecho, ello no se justifica en el caso del miedo insuperable o de la exclusión de la pena para los parientes próximos en los delitos contra la propiedad (en este último supuesto ello está, a veces, expresamente determinado en la ley: art. 268 CP.)." Cfr. (1998: 288).

error sobre los presupuestos de un conflicto de bienes, esto es, sobre la situación de peligro, tiene o no relevancia dentro del ámbito sistemático del delito.

Abordar esta cuestión implica precisar si se considera que el error sobre los presupuestos de un conflicto de bienes de tal característica es (o mejor, se soluciona como) un supuesto de error de tipo o uno de error de prohibición, lo que puede variar en cada una de las teorías descritas.⁵⁴

3.2.1 Teoría de la unificación en la antijuridicidad.

Conviene recordar que para esta tesis el EN es siempre una causa de justificación, independientemente de los bienes en conflicto y su relación jerárquica.

Es de resaltar que para los partidarios de esta teoría el error sobre los presupuestos de un EN por conflicto entre bienes de igual valor es relevante para el Derecho penal, relevancia que depende de si se opta por la opción dogmática de considerar el error como uno de prohibición o en su lugar la opción del error de tipo, dando origen a una exención declaratoria de inculpabilidad o de atipicidad, respectivamente.

3.2.2 La tesis de la unificación en la culpabilidad.

Para esta teoría, por tratarse el EN de un exclusivo problema de culpabilidad, el error sobre los presupuestos fácticos de la situación de necesidad es irrelevante, a la

⁵⁴ Puede suceder que se asuma que el conflicto entre bienes de igual naturaleza deba tratarse como una causa de justificación, pero que el error sobre los presupuestos de ésta se solucione no como un problema de exculpación sino, *análogamente*, como un asunto de error sobre el conocimiento de los elementos objetivos del tipo (permisivo). Con ello, el error sobre los presupuestos del EN será relevante pero la medida de la relevancia sistemáticamente va a ser distinta: si se mantiene la posición de la exculpación aunque podrá el sujeto ser inculpable (depende de la (in)vencibilidad del error), queda afirmado el injusto, mientras que si se acude a la analogía con el error de tipo el injusto podrá quedar excluido (según la (in)vencibilidad del error) por ausencia de dolo.

luz de la doctrina del error sobre los presupuestos de una causa de justificación que le reconoce relevancia; tal solución tiene una explicación lógica, consistente en que si la relevancia tradicional reconocida es la que versa sobre los presupuestos de una *causa de justificación*, por tratarse el *EN* de una causa de *inculpabilidad* no hay problema dogmático qué resolver. Es decir, el error sobre los presupuestos de la situación de necesidad es en esta teoría irrelevante.⁵⁵

3.2.3 *La tesis del ámbito libre del Derecho.*

El error sobre los presupuestos de una acción 'no prohibida' adquiere relevancia para esta postura en la medida que asume el *EN* por conflicto entre bienes de equivalente entidad como un problema de justificación, no como una causa de justificación propiamente dicha, pero sí como un supuesto enmarcable dentro de la categoría de las acciones "jurídicamente neutrales", "no prohibidas", modalidad de error que trata en forma similar al que recae sobre una causa de justificación en el marco de una sistemática de los elementos negativos del tipo –que es la que suelen adoptar sus defensores–, siendo ésta la de recurrir a la aplicación de las reglas del error de tipo.

Arthur KAUFMANN,⁵⁶ considera que por tratarse de un error que recae sobre una conducta "híbrida" como lo es la "no prohibida ni permitida", no puede ser catalogado como error de tipo ni como error de prohibición, aunque propone la aplicación *analógica* de las reglas del error de tipo. Se diferencia este autor de los restantes partidarios de la teoría en comento, en que su solución dogmática obedece más a la lógica de la distinción conceptual que dentro del injusto realiza de

⁵⁵ Como *elemento* error, ya que es posible que en el análisis avanzado de la culpabilidad pueda justificarse la relevancia de un error sobre los presupuestos de una causa de inculpabilidad, o adecuarse a una situación de inexigibilidad de otra conducta o de miedo-fuerza insuperables.

⁵⁶ Citado por LAURENZO (1990: 278).

conductas aprobadas y conductas jurídicamente neutrales, que a la adopción de la teoría de los elementos negativos del tipo.

3.2.4 La tesis de la responsabilidad por el hecho.

Para ella tiene relevancia el error sobre la situación de necesidad que se presenta en un conflicto de bienes de desigual valor en el que se lesiona el de menor entidad, más no sucede lo mismo con el error sobre los presupuestos de la acción de necesidad de un conflicto de intereses equivalentes. Éste, por tratarse de un problema de responsabilidad por el hecho podrá, eventualmente, en razón del fundamento de disminución del injusto propio de los supuestos que abarca esta categoría, permitir una atenuación de la pena por el criterio de no-necesidad de ésta, pero no logra tener la condición de eximente como para excluir el ilícito jurídico-penal.⁵⁷

3.2.5 Tesis ortodoxa de la diferenciación.

El error sobre la situación de necesidad de un conflicto de bienes que involucre intereses de desigual valor con salvación del de mayor entidad, es relevante bien sea que se trate como un error de prohibición indirecto, que excluye la culpabilidad o la atenúa, según la inevitabilidad o no,⁵⁸ respectivamente, o bien como uno análogo al error de tipo, que excluirá el injusto doloso, o lo tornará imprudente, también según la inevitabilidad o no del error, en su orden.

Por otra parte, en cuanto al error sobre la situación de necesidad del conflicto de bienes que se suscita entre intereses de similar valor, es cada vez mayor el número de autores y de ordenamientos jurídicos que lo consideran relevante, con todo y que

⁵⁷ Cfr. LAURENZO (*Ídem*: 323) .

⁵⁸ Cfr. ZAFARONNI/ALAGIA/SLOKAR (2002: 754- 755) .

versa sobre la propia culpabilidad, tratándolo bien sea como un supuesto de error de prohibición o, en algunos casos, como uno de inexigibilidad de otra conducta.⁵⁹

3.3 Estado de necesidad y legítima defensa.

En torno a esta problemática, quizás la más polémica de las cuestiones dogmáticas respecto del problema de la posición sistemática del EN, conviene describir algunos criterios que se tienen aceptados, por lo menos mayoritariamente, por la doctrina penal, como puntos de partida a la hora de acometer la discusión:

1º) El principio del "*carácter teleológico general*" de las causas de justificación, emanado del principio de unidad del ordenamiento jurídico, cuya aceptación ha llevado al planteamiento de que éstas provienen de cualquier sector del ordenamiento jurídico y producen consecuencias en todos los ámbitos de éste.

2º) El postulado de que la legítima defensa cabe contra *agresiones antijurídicas*; siendo una cuestión debatida la de si una situación de necesidad encuadra o no dentro del concepto de agresión antijurídica, como para permitir que contra ella se ejerza legítima defensa.

3º) El principio, en materia de justificación penal, de que no cabe causa de justificación contra causa de justificación,⁶⁰ postulado que lleva implícita la idea de que la verificación de una situación de defensa se entiende como generadora de un *derecho subjetivo*⁶¹ (de actuar en defensa) para quien ejerce la situación y, a

⁵⁹ Cfr. ZAFARONNI/ALAGIA/SLOKAR (2002: 752-754 y 755-756).

⁶⁰ Este principio tiene como fundamento, entre otros, el valor de la seguridad jurídica, pues, de no establecerse la restricción, se avalaría un eventual círculo vicioso originado en cadenas de causas de justificación.

⁶¹ Sobre el problema de la existencia de un deber de tolerancia del sujeto pasivo de una acción de defensa existen dos posturas básicas: la que

su vez, como contracara, de una *obligación de tolerar* para quien es sujeto pasivo de la defensa.

3.3.1 *Teoría de la unificación en la antijuridicidad.*

Consideran sus partidarios que por ser la acción de necesidad de un EN, un comportamiento justificado o lícito, contra ella no cabe legítima defensa (bajo ninguna de las dos modalidades de conflicto), en razón de que aceptan la tesis de que la acción amparada por un EN no constituye agresión injusta, por lo que faltaría el presupuesto de la defensa legítima.⁶²

3.3.2 *Teoría de la unificación en la culpabilidad.*

Puesto que en el marco de esta construcción el problema del EN, en lo que toca con su naturaleza, es ajeno totalmente al injusto, contra la acción ejercida en situación de necesidad, sea por conflicto entre bienes de igual valor o de asimétrica entidad, procederá siempre la posibilidad de rechazo a través de legítima defensa o de cualquier otra causa de justificación, dado que conforme a esta teoría la acción de necesidad se considera ilícita, por lo que puede ser tachada de agresión antijurídica cuando de acreditar los presupuestos de la legítima defensa se trate.⁶³

entiende que las causas de justificación consisten en un *juicio de aprobación* y por lo tanto conciben que las mismas reconocen *siempre* un *derecho* de actuar; y las que consideran que las justificantes constituyen un *juicio de autorización* del comportamiento ejercido en una situación de justificación, con lo cual es factible diferenciar entre *derechos* y *facultades* de actuación, de tal forma que el surgimiento de una situación justificante de defensa *no siempre* implica un derecho de actuar, aunque sí una facultad, con la particularidad de que sólo devendrá obligación de tolerar en tratándose de derechos y no de facultades de actuación. Cfr. SILVA (2007: 27-35).

⁶² No obstante, autores como GIMBERNAT, aceptan la procedencia de un EN contra un EN inicial, siempre que el conflicto de intereses ponderados sea de simétrico valor. Al respecto, Cfr. GIMBERNAT (1990a: 227-228).

⁶³ Cfr. MAYER (2007: 380-31), quien acepta la legítima defensa contra la acción realizada en EN, pero no en todos los casos (*Ídem*: 385).

3.3.3 Tesis del ámbito libre del Derecho.

La solución depende de si el conflicto generador de EN se encuentra catalogado, según la ponderación de intereses que involucre, como acción justificada o como acción no prohibida, habiéndose establecido en su momento que se configura el primero cuando los intereses en juego son de entidad diferente y se salva el de mayor valor con la acción de necesidad, y el segundo cuando los intereses del conflicto no son susceptibles de jerarquización.

Sobre esta base, la acción de necesidad generadora de EN justificante o causa de exclusión –propriadamente dicha– del injusto no será rechazable a través de legítima defensa, dado que no puede ser catalogada como agresión antijurídica, mientras que, cuando la acción de necesidad es ejercida en el marco de un conflicto de intereses equivalentes en entidad, dicho rechazo a través de la legítima defensa se hace jurídicamente factible, dado que si bien es cierto las acciones ‘no prohibidas’ no son para esta postura tachables de antijurídicas, tampoco generan un derecho subjetivo permisivo de una acción de defensa, contentivo de una correlativa obligación de tolerar para el sujeto pasivo de ella.

Sin embargo, KAUFMANN ha sostenido que en rigor lógico-sistemático, esta adversa solución debe ser resuelta admitiendo el planteamiento de que si la acción de defensa se está ejerciendo contra una conducta ‘no prohibida’, la misma deberá dejarse por fuera del ordenamiento jurídico, en la medida que el Derecho carece de criterios suficientes para realizar sobre esta acción defensiva la tacha de legítima.⁶⁴

3.3.4. Tesis de la responsabilidad por el hecho.

⁶⁴ Cfr. KAUFMANN (1999: 410).

Igualmente resulta relevante para el análisis del problema en esta postura, el tipo de conflicto de intereses suscitado. Si éste involucra bienes jurídicos de diferente entidad en el cual el salvado con la acción de necesidad resulta ser el de mayor jerarquía, contra dicho EN, que es una causa de justificación, no cabe legítima defensa ni ninguna otra causa de exclusión del injusto, en aplicación, nuevamente, del principio general de que no cabe causa de justificación contra causa de justificación.

De otro lado, si es el conflicto presentado, implica bienes de entidad similar, contra la acción ejercida en EN generadora de exención de pena por falta de responsabilidad por el hecho, será admisible el rechazo por vía de legítima defensa, en cuanto, de todas formas, a pesar de ser un ilícito disminuido,⁶⁵ dicha acción de necesidad resiste el tratamiento de agresión antijurídica (probablemente también disminuida), susceptible por tanto de rechazo a través de legítima defensa o de otras causas de justificación (no la de EN dada la naturaleza del conflicto), aunque seguramente con una exigencia de proporcionalidad de la defensa acorde a la magnitud disminuida del injusto.

3.3.5. Tesis ortodoxa de la diferenciación.

Conforme a sus planteamientos, la posibilidad de ejercer legítima defensa contra un EN, dependerá de si se trata de un conflicto de bienes jurídicos con entidad diferente en el que la acción de necesidad ha logrado salvar el de mayor peso, caso en el cual contra la misma no será posible el rechazo mediante la legítima defensa, por el principio de que no cabe causa de justificación contra causa de justificación. Ello en cuanto la acción de necesidad mediante la cual se obtuvo la salvación del bien

⁶⁵ Cfr. Por todos, CERREZO MIR (2000: 272).

jerárquicamente superior no es posible jurídicamente tacharla de agresión injusta, presupuesto objetivo-valorativo para la procedencia de la legítima defensa.⁶⁶

De otro lado, contra el EN propio de un conflicto de bienes jurídicos de simétrica entidad, por tratarse de una causa de exculpación, es decir, de una conducta constitutiva de un injusto penal, será admisible el rechazo por vía de legítima defensa (y de las restantes causas de justificación -salvo la de EN-, toda vez que el conflicto suscitado es entre bienes jurídicos imponderables), al existir el presupuesto de agresión antijurídica en razón del carácter ilícito de la acción de necesidad realizada en este tipo de conflictos, que permite se valore como agresión injusta.

III. La posición sistemática del EN en la dogmática penal colombiana.

En torno al problema del lugar sistemático del EN en la dogmática jurídico-penal colombiana, pueden ser distinguidas las mismas tendencias doctrinarias descritas incluyendo, desde luego, plurales fundamentaciones teóricas en el interior de cada una de ellas.

1. LA UNIFICACION EN LA ANTIJURIDICIDAD.

Ha sido la posición seguida en forma mayoritaria, históricamente, por la dogmática penal colombiana. Es posible identificar dos etapas de configuración de esta teoría: la primera y de mayor duración, obedece a la concepción de la dogmática como una actividad avalorativa, metodológicamente basada en la idea aceptación

⁶⁶ Sin embargo, contra la acción de necesidad generadora del estado de necesidad justificante es admisible la eficacia de supuestos de exculpación, como en el caso un error de prohibición sobre los presupuestos de una causa de justificación (vr. gr., en el que el agente erróneamente considera que la acción de necesidad de un estado de necesidad justificante es una agresión antijurídica pasible de rechazo a través de 'legítima' defensa), o de un supuesto de inimputabilidad.

neutral del derecho positivo, conforme a la cual es suficiente el argumento de la regulación legal de la materia para el estudio de las instituciones jurídicas, sin asignar relevancia a razones de otro tipo como las de carácter sistemático o político-criminal.

La segunda etapa, por el contrario, recurre a la inclusión de consideraciones teórico-sistemáticas y político-criminales, a lado de las propiamente normativas, para argumentar la teoría.

1.1. La teoría de la unificación en la antijuridicidad como un argumento de sedes materiae.

Bajo esta concepción de la dogmática varias generaciones de penalistas colombianos acogieron la tesis de la unificación en la antijuridicidad como forma de tratar el EN, basándose, casi exclusivamente, en el criterio de la regulación jurídica que el derecho positivo penal hacía de la eximente. A continuación se describirá un grupo de teóricos penalistas colombianos que hacen parte de esta etapa del pensamiento penal nacional.

En primer lugar se encuentra CONCHA,⁶⁷ quien al realizar el estudio de las causas de justificación, a las que denominaba 'circunstancias justificativas' así como 'hechos justificativos', las definía como "circunstancias que destruyen la criminalidad del acto",⁶⁸ al punto que "El individuo que las invoca puede responder: *feci, sed jure feci*, lo hice, pero lo hice con derecho, y la consecuencia de este medio de defensa es la justificación del acto."⁶⁹

Ahora bien, la inclusión de este autor dentro de aquellos que postulan la tesis de la unificación en la antijuridicidad en relación con el EN obedece a una interpretación de su doctrina de las causas de justificación, conforme a la cual sólo son causas de justificación la legítima defensa y el cumplimiento de un deber legal, dejando por

⁶⁷ Cfr. CONCHA (1896: 99 ss.).

⁶⁸ Cfr. *Ídem: ibidem*.

⁶⁹ Cfr. *Ídem: ibidem*.

fuera otras causales, como el EN. La interpretación a que se alude se origina en la equiparación que efectúa este autor de los conceptos de agresión y de peligro, a los que se refiere en ocasiones indistintamente, al efectuar el estudio de la legítima defensa.⁷⁰

Así mismo, suscribe la tesis del EN como causa de justificación VÁSQUEZ ABAD,⁷¹ al estudiar los supuestos de exclusión de la responsabilidad penal contenidos en los artículos 23 y siguientes del vigente código penal de 1936, los cuales abordaba exegéticamente, limitándose en el estudio del EN, a comentar el enunciado normativo contenido en el artículo 25, numeral 3° de la mencionada normatividad.⁷²

Adhiere también a la teoría de la unificación en la antijuridicidad GÓMEZ PRADA⁷³ quien incluye, dentro del estudio de las causas de justificación, de conformidad con los artículos 24 y 25 del código penal de 1936, los supuestos de EN. Acude a los argumentos tradicionales de quienes postulan esta tesis, en el sentido de que los eventos de EN constituyen un supuesto de justificación penal,⁷⁴ debido a la operatividad que debe reconocérsele al instinto de conservación humana.⁷⁵

⁷⁰ Cfr. *Ídem*: 102; 106-107.

⁷¹ Cfr. VÁSQUEZ ABAD (1948: 134).

⁷² Este enunciado establecía: "El hecho se justifica cuando se comete: (...) 3°.- Por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar a otro de un peligro grave e inminente contra la persona, no evitable de otra manera, que no se haya causado por obra propia y que no deba afrontarse por obligación profesional. Sobre éste comentó: "Entre el estado de necesidad y la legítima defensa, ni en su esencia misma, ni por el aspecto psicológico que ambas ofrecen, resulta diferencia alguna como causales de justificación." Cfr. (*Ídem*: *ibídem*).

⁷³ Cfr. GÓMEZ PRADA (1952: 230 ss.).

⁷⁴ "El agente procede *secundum ius* y no *contra ius*: hay apariencia de delito, pero no hay quebrantamiento del derecho.

La ley impone a veces como obligatoria la ejecución de determinados actos, como la detención de los delincuentes, la penetración al domicilio ajeno, la revelación de los hechos que lesionan la honra. En estas ocurrencias, que señalan deberes, sobre todo para los empleados y funcionarios públicos, aunque se lesionen intereses protegidos por normas jurídicas, no se incurre en responsabilidad.

Pero hay también casos en que la ley concede facultades u otorga derechos y quien procede en uso de esas facultades o derechos tampoco incurre en responsabilidad". Cfr. GÓMEZ PRADA (*Ídem*: 231).

⁷⁵ "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 bienes ajenos es determinada por el instinto de conservación

También hizo parte de esta tendencia LOZANO y LOZANO,⁷⁶ quien concebía el EN como parte de la "categoría" de las causas de justificación, a su vez especies de las genéricas "causas que excluyen, atenúan o agravan la responsabilidad", de las que el EN forma parte;⁷⁷ sumado a esto, distingue los tipos de conflictos entre bienes que pueden presentarse.⁷⁸

GAITÁN MAHECHA⁷⁹ trata también al EN como una causa de justificación, aunque se refiere al problema de su ubicación sistemática como una cuestión que tiene relevancia únicamente para resolver lo concerniente a la responsabilidad civil."⁸⁰

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. Cfr. GÓMEZ PRADA (*Ídem*: 242).

⁷⁶ Cfr. LOZANO Y LOZANO (1979: 203 y ss).

⁷⁷ Posteriormente expresa LOZANO (*Ídem*: 222): "El estado de necesidad constituye un tipo jurídico afín o análogo al de la legítima defensa, pues en ambos casos se procede para salvarse de un peligro que sobreviene con independencia de la voluntad del agente".

⁷⁸ "Pueden distinguirse dos grandes series de hipótesis en este tema: 1ª) Cuando los derechos o bienes en conflicto son de distinto valor e importancia. 2ª) Cuando son del mismo valor e importancia, caso especialmente significativo si se discute el derecho a la vida.

Si se trata de bienes jurídicos de distinto valor, es claro que el menos preciso e importante debe ceder el paso al más importante. Es siempre lícito y conveniente al agregado social que el derecho de propiedad sea sacrificado ante el derecho a la vida y a la integridad personal. Cuando ante el peligro de un desastre aéreo o marítimo el capitán de la nave arroja la carga para disminuir el peligro de los pasajeros y tripulantes, desde la ley romana llamada *Lex Rodhia de Jactu*, todos los legisladores han considerado irresponsable al autor. De la misma manera todo hombre obra conforme al derecho cuando mata al animal feroz o atacado de rabia que lo persigue. Y siempre se ha admitido que la mujer a quien se le roban sus ropas mientras se halla en el baño, o el pobre que va a perecer de hambre, tienen derecho de apoderarse del vestido o el alimento que requieran para defender su pudor o su existencia.

En la segunda serie de hipótesis el derecho se ve menos claro, puesto que la sociedad tiene el mismo interés en la conservación de cualquier vida humana. Pero ante el dilema irremediable no podrá ser racional ni equitativo que se prefiera 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. Por eso no cabe duda de que en el evento de naufragio, cuando un bote salvavidas está lleno, no puede permitirse el acceso de un nuevo náufrago, que haría zozobrar la embarcación; y hay derecho de herirlo o matarlo para que los demás no perezcan; y si dos náufragos se disputan un mismo madero o salvavidas, ambos tienen el mismo derecho; 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." Cfr. LOZANO (*Ibid*: 221-222); Cursivas del texto; negrillas adicionadas).

⁷⁹ Cfr. GAITÁN MAHECHA (1963 y 1999).

También ARENAS trata la figura del EN como una causa de justificación en sus diferentes trabajos y bajo normatividades penales distintas.⁸¹

ROMERO SOTO (L.E), sigue igualmente la unificación en la antijuridicidad, conforme al Código penal vigente en su momento, por dos razones: en primer lugar, porque, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, el colombiano de 1936, objeto de su estudio, no establecía el requisito de que el bien salvado tenía que ser más valioso que el sacrificado.⁸² En segundo lugar, porque considera que quien actúa en EN realiza una conducta socialmente adecuada, lo que impide una exigencia social de un comportamiento heroico al agente.⁸³

También RUIZ acoge la doctrina de la unificación en la antijuridicidad considerando el EN una causa excluyente de ésta, sin examinar la cuestión de las consecuencias dogmáticas de esta postura.⁸⁴

Del mismo modo para PÉREZ el EN es un supuesto de la justificación penal, elemento conceptual, a su vez, de la exclusión de la antijuridicidad penal.⁸⁵

⁸⁰ Al respecto afirma: "En efecto, cuando se obra en ejercicio de una de las causales de justificación se excluye tanto la responsabilidad civil como la penal. Así ocurre en la legítima defensa; quien da muerte al agresor injusto, no está obligado a indemnizar. ¿Pero es justa esta solución respecto del estado de necesidad, en donde por razón del conflicto es lesionado o destruido un bien jurídico inocente? Creemos que no. A nuestro juicio, en el estado de necesidad debería dejarse a cargo de quien lo ejerce, la indemnización cuando el conflicto sea de tal naturaleza que la víctima haya sufrido el daño sin haber concurrido a la colisión de intereses. 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 razón de ese mismo orden jurídico, la indemnización. Nuestro sistema legal colombiano no permite desde luego esta solución. Quien obra en estado de necesidad en Colombia no responde ni penal ni civilmente." Cfr. GAITÁN MAHECHA (1963: 146).

⁸¹ Cfr. ARENAS (1968: 282), (1978: 67-68) y (1988: 277-278).

⁸² Al respecto, refiriéndose a alguna utilidad de la teoría diferenciadora, sostenía que "[l]a teoría de la comparación de bienes mantiene su importancia, aún entre nosotros, como regla fundamental que permite establecer un balance, necesario a la exigente de que venimos tratando, pues no existiría justificación a título de estado de necesidad si el bien sacrificado fuera mucho más valioso que el que salva." Cfr. ROMERO SOTO L. E. (1969-I: 426).

⁸³ Cfr. ROMERO L. E. (*Ídem*: *ibidem*).

⁸⁴ Cfr. (1969: 111-113).

MESA VELÁSQUEZ, en el mismo sentido, consideraba que la estructura analítica de la responsabilidad consistía en los presupuestos de imputabilidad, culpabilidad y antijuridicidad, en ese orden.⁸⁶ En tal virtud, el estudio del EN lo incluye en el capítulo de las causas de justificación, aludiendo expresamente al caso del conflicto entre las dos vidas de los náufragos como un supuesto de esta causal, a la cual le atribuye como fundamento el instinto de conservación.⁸⁷

Otro unificador en la antijuridicidad es BARRIENTOS RESTREPO, autor que clasifica las causas de justificación en negativas y positivas, diferencia que establece partiendo de la concepción de que las primeras son eventos de exención de la responsabilidad, en contraste con las segundas, en las que no se presenta responsabilidad que eximir. Las negativas consisten en supuestos en donde no obstante el hecho cometido por el agente reúne todas las características externas de una infracción de la ley penal, no se presenta "el nexo de causalidad psico-física que debe unir el hecho con el agente."⁸⁸

⁸⁵ Cfr. PÉREZ (1962: 67): "La muerte de un hombre es un hecho típico, porque queda encuadrado dentro de la descripción (tipo legal). Siendo típico es, por consiguiente, delictivo. Pero si se produce en legítima defensa, es necesario admitir no sólo que no es antijurídico, sino jurídico, acorde con el derecho. [...] el estado de necesidad es una hipótesis de colisión jurídica, que permite justificar el acto del que rompe un derecho o viola un interés en beneficio de su derecho o de su propio interés, o también en beneficio de otra persona." En el mismo sentido, Cfr. PÉREZ (1981: 221). Este autor distinguía además, "lo típico", entendido como lo delictivo, o lo penalmente relevante, de "lo antijurídico" o antinormativo, como metodología de adhesión a la concepción del delito como acto típico y antijurídico: "La antijuridicidad es, pues, la violación de una norma, entendiendo por norma no el precepto descriptivo del delito, sino la consagración del derecho en la constitución de un pueblo. La norma es lo que se viola. El precepto penal apenas sanciona esa violación. Delito es, en consecuencia, solo (sic) la acción antijurídica, es decir, tratándose de la dogmática colombiana, la que no esté amparada por ninguna justificante." Cfr. PÉREZ (1962:135).

⁸⁶ Cfr. MESA VELÁSQUEZ (1979: 231).

⁸⁷ Cfr. (Ídem: 276).

⁸⁸ Cfr. BARRIENTOS (1977:356): "La condición que da sólo apariencia de delito, pero que excluye la substancia delictiva, consta de dos manifestaciones psíquicas: una negativa, por falta de intención (no haber procedido contra el derecho), y positiva la otra, con intención, pero legítima (haber actuado con arreglo al derecho).

En el primer caso se dice que hay exención de responsabilidad, porque el hecho se justifica negativamente, esto es, porque el agente no obró contra

A las negativas pertenecen la insuperable coacción ajena, la sugestión hipnótica o patológica, la ignorancia vencible, el error esencial de hecho o de derecho, y la ignorancia de la ley penal. Las positivas, por el contrario, integran casos en los cuales un individuo comete un acto desvalorado penalmente en un tipo, cometiéndolo no sólo física sino también psíquicamente, pero no hay lugar a responsabilidad penal por constituir un acto conforme a derecho (*secundum jus*); a ellas pertenecen la disposición de la ley, la obediencia legítima, la legítima defensa y el EN.⁸⁹

Sin embargo, con todo y que incluye dentro de las causas de justificación el EN, en un apartado posterior, al entrar a discernir sobre su naturaleza, le otorga, en su sistemática, el carácter de justificante negativa, esto es, de generador de exención de responsabilidad, que tiene como consecuencia la no-aprobación del comportamiento.⁹⁰

Otro representante de la unificación en la antijuridicidad es PELÁEZ VARGAS, para quien son equivalentes los conceptos de causas de justificación y causas de exclusión de la responsabilidad por el hecho. Al respecto, se declara partidario de la tesis que afirma que el estado de necesidad es un supuesto de causas de justificación, excluyentes de la responsabilidad del hecho en forma general (tanto penal como civil).⁹¹

En esta dirección también se encuentra ESTRADA VÉLEZ, autor que trata, inicialmente, las causas de exclusión de la antijuridicidad como circunstancias eliminatorias de la 'punibilidad', utilizada en un sentido amplio,⁹² influenciado en ello

derecho, a pesar de que su acto tiene todas las características de un verdadero delito."

⁸⁹ Cfr. (*Ídem*: p. 366).

⁹⁰ "No es propiamente un caso de justificación del hecho, sino más bien de exención de responsabilidad, de inculpabilidad, por mandato del legislador, o también una justificación negativa." Cfr. BARRIENTOS (*Op. cit.*: 376).

⁹¹ Cfr. PELÁEZ VARGAS (1981: 145).

⁹² Cfr. ESTRADA VÉLEZ (1975: 120-125) y (1986: 184): "La punibilidad puede faltar por cualquiera de los siguientes motivos: porque el hecho, aunque haya una modificación del mundo exterior, no constituye acción en el sentido técnico-jurídico de la palabra, en virtud de la falta de voluntad en el sujeto agente; porque la acción humana, a pesar de ser antijurídica,

por la concepción de Ferri, acerca de la justificación penal;⁹³ para luego adoptar la denominación más estricta de 'Causas de exclusión de la antijuridicidad', a partir, precisamente, de la crítica que realizara a la anterior regulación de esta cuestión en el derogado Código penal de 1936.⁹⁴

Forma también parte de esta tendencia FERREIRA DELGADO, autor que, aunque considera al EN una causa de justificación, acepta que una situación análoga a éste, fáctica y normativamente hablando, sea valorada como una "situación de inexigibilidad de otra conducta", es decir, como una causa de inculpabilidad, a pesar de no adherir a la teoría de la diferenciación ortodoxa y, básicamente, debido a su particular concepción de las causas de inculpabilidad, las cuales considera no pueden ser reguladas por la ley, dado el carácter avalorativo de las situaciones de inexigibilidad, en contraste con las causas de justificación que tienen expresa regulación legal.⁹⁵

no se adecua a una norma penal incriminadora, o sea por atipicidad o inadecuación típica; porque el agente obró dentro de alguna de las circunstancias consignadas en el art. 29 de del código penal".

⁹³ "Tradicionalmente se ha hablado de *causas de justificación*, para englobar en ellas todas las circunstancias que eliminan, por cualquier motivo, la responsabilidad penal. Así por ejemplo, FERRI, sostiene que "la condición que da solo (sic) apariencia al delito, pero que excluye la sustancia a delictiva, consta de dos manifestaciones psíquicas: una negativa, por falta de intención (no haber procedido contra el derecho), y positiva la otra, con intención, pero legítima (haber obrado con arreglo al derecho)." Cfr. ESTRADA VÉLEZ (1986: 184)-cursivas del texto-.

⁹⁴ "El Código anterior no discriminaba expresamente entre causas de exclusión de la antijuridicidad y causas de inimputabilidad, sino que hablaba de que "no hay responsabilidad.. " (art. 23) en los casos que FERRI llamaría de justificación negativa, y de que "tampoco hay lugar a responsabilidad en los casos de justificación del hecho" (art. 24. En esa terminología simplista y antitécnica podría hablarse solo (sic) de causas genéricas de exclusión de la responsabilidad, lo que no es técnicamente aceptable, supuesto que se trataba en el art. 23, de causas que excluyen la culpabilidad (no la imputabilidad, como erróneamente sostienen algunos); y en el art. 25 de causas de licitud o de exclusión de la antijuridicidad. ...". Cfr. (1986: 185).

⁹⁵ "En ambos casos, el autor de un hecho típico se ve forzado a desobedecer la norma de deber, lesionando derechos ajenos, sin haber sido agredido por su titular. La diferencia está en su generalización y en el excesivo subjetivismo a que se somete su aplicación.

El estado de necesidad está sujeto a ciertos requisitos, dispuestos taxativamente y susceptibles de ser comprobados por el juez [...] La no exigibilidad carece de requisitos, porque no está consagrada en la ley, y

ROMERO SOTO (J),⁹⁶ trata al EN como una causa de justificación,⁹⁷ aunque admite considerar el conflicto entre dos vidas como un supuesto de legítima defensa que a su vez es una especie del género EN, cuya solución más acertada debería ser la de un caso fortuito.⁹⁸ Partiendo de esta concepción, admite la legítima defensa contra el EN.⁹⁹ Es de los pocos autores colombianos que además analiza la consecuencia dogmática de la participación y del error, pero con respecto a la legítima defensa,¹⁰⁰ limitándose a afirmar, con relación al EN, que cabe EN contra EN,¹⁰¹ y que éste puede concurrir con la legítima defensa.¹⁰²

En el mismo sentido otros autores colombianos como REYES ECHANDÍA¹⁰³ e IBAÑEZ GUZMAN sostienen la tesis de la unificación en la antijuridicidad.¹⁰⁴

no puede estarlo, ya que sería inconstitucional una norma que justifique el incumplimiento de la ley, a criterio personal de quien actúa y de quien la juzga. [...] Entonces podemos afirmar que mientras el estado de necesidad es una cosa visible, medible y valorable por los sentidos y por la razón, y por lo tanto, excluyente de lo antijurídico, la inexigibilidad de otra conducta es una convicción personal, sin concordancia con hechos reales, sin pautas que vea, mida y valore el juez, teniendo este (sic) que aceptarla como ausencia de culpabilidad y no como hecho justificado". Cfr. FERREIRA DELGADO (1988: 414-415).

⁹⁶ Cfr. (1981: *passim*).

⁹⁷ "Es innegable que por el artículo 29 (n. 5°) se hace referencia a un conflicto de bienes entre dos bienes de valor o categoría desigual debiendo ser sacrificado el menos importante al más importante." (p. 190). Y más adelante, en relación con el conflicto entre bienes de igual valor afirmaba: "Dentro de esta hipótesis, los dos bienes son de igual valor para la sociedad y así a ésta en consecuencia le interesa tanto la conservación del uno como del otro; lo más grave sería la pérdida conjunta de estos dos derechos y lo más grave la pérdida de uno de ellos frente a la anterior eventualidad. Pero siguiendo el criterio de la utilidad social, que es a nuestro modo de ver, la verdadera base del derecho de castigar, el delito cometido en estado de necesidad no debe ser objeto de represión ni dentro de la presente consideración como tampoco en la estudiada en párrafos anteriores, siendo de estimar además que la comisión o el sacrificio de cualquiera de los dos derechos de todas maneras resulta útil a la sociedad." (1981: 195).

⁹⁸ Cfr. ROMERO SOTO, (J.) (*Ídem*: 10).

⁹⁹ Cfr. (*Ídem*: 17).

¹⁰⁰ Cfr. (*Ídem*: 228-232).

¹⁰¹ "Las dos agresiones son lícitas, se trata de un estado de necesidad contra otro estado de necesidad." Cfr. (*Ídem*: 263).

¹⁰² Cfr. (*Ídem*: 263).

¹⁰³ Cfr. REYES ECHANDÍA (1990: 206) y (1997: 71): "Nos parece que quien actúa en estado de necesidad, independientemente de la igualdad o desigualdad de los bienes en conflicto, siempre que haya peligro entre la magnitud del peligro y la entidad de la acción utilizada para evitarlo, no merece reproche social ni jurídico en la medida que se considere que actuó

1.2. El EN como causa de justificación a partir de una fundamentación político-criminal:

Su precursor es ALDANA ROZO,¹⁰⁵ analizando el derogado Código penal de 1936, teniendo luego a FERNÁNDEZ CARRASQUILLA como su representante principal.

Para estos autores la tesis correcta en materia de la naturaleza jurídica del EN es la unificación en la antijuridicidad, pero adoptan esta postura, más que por razones de regulación jurídico-positiva del instituto, por la inclusión explícita de criterios de política criminal y, en el caso de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, de consideraciones de la dogmática penal que abarcan el concepto y naturaleza de la justificación en general.¹⁰⁶

adecuadamente para conservar su propia integridad o la incolumidad de otro bien jurídico personal amenazado; y como la antijuridicidad supone juicio de reproche por la conducta realizada y el que así se comporta lo ha hecho conforme a derecho no cabe en su respecto juicio de desvalor jurídico. Ante tales conductas, el conglomerado social no se siente lesionado porque sus integrantes piensan que actuarían de la misma manera ante situaciones semejantes; en esas condiciones, el papel del estado no es otro que el de refrendar legalmente esa opinión social."

¹⁰⁴ Cfr. (1991: 219) y (1999: 313-316).

¹⁰⁵ Cfr. (1978: 77-96).

¹⁰⁶ Para FERNÁNDEZ CARRASQUILLA las causas de justificación, de forma bastante cercana a la clásica teoría de los elementos negativos del tipo, constituyen, junto a los tipos de mandato y de prohibición, 'tipos de permisión' que le llevan a catalogar a éstas como circunstancias que excluyen la tipicidad pese a que tienen la facultad de excluir el carácter ilícito del comportamiento de manera general en el orden jurídico. En efecto, para este autor la justificación penal: "[e]n cuanto 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 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"). Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1989-II: 322; Cursivas del texto; negrillas adicionales).

Para ALDANA ROZO los criterios tradicionales que operan en la unificación en la antijuridicidad¹⁰⁷ son válidos pero no suficientes para fundamentar dicha postura, por lo que expone argumentos político-criminales, como por ejemplo la posibilidad de elección voluntaria de la acción del agente, que complementan las razones por las cuales es correcta la tesis de la unificación en la antijuridicidad para el instituto del EN.¹⁰⁸

Sobre el problema de la posición sistemática del EN y sus consecuencias dogmáticas en el sistema del delito, llega a las mismas conclusiones que la doctrina de la unificación en la antijuridicidad tradicional: impunidad de los partícipes por constituir el hecho principal una conducta jurídica o lícita; relevancia del error sobre una situación de necesidad por ser un error sobre un presupuesto de una causa de

¹⁰⁷ Criterios tales como el carácter objetivo de las causas de justificación y subjetivo de las de inculpabilidad, impeditivo de la transformación de un fenómeno subjetivo ajeno al agente (la divergencia valorativa o equivalencia de igual corte entre los bienes en conflicto), característico de la inculpabilidad, en uno objetivo (causa de justificación).

¹⁰⁸ "Si bien los anteriores planteamientos [se refiere a los descritos como "tradicionales"] se hallan correctamente orientados, a nuestro juicio existe una razón de mayor importancia para afirmar que el estado de necesidad, en sus dos modalidades, constituye una circunstancia que excluye la antijuridicidad.

Von Weber ha dicho que el reproche de culpabilidad solo (sic) puede formularse cuando el autor puede hacer algo en contra; esto es, cuando en cada caso concreto el sujeto tiene voluntad de elección. Desde este punto de vista Von Weber logra un nuevo principio de división para separar la antijuridicidad y la culpabilidad: *deber y poder*. Lo anterior significa que cuando la realización de una conducta típica se impone como deber, el problema se resuelve en el ámbito de la antijuridicidad; si por el contrario, en el caso concreto el sujeto no está en condiciones de recibir el impulso disuasivo de la pena, por condiciones fundamentalmente personales y, por lo tanto, subjetivas, no podrá formularse el juicio de reproche en que se fundamenta la culpabilidad.

Los anteriores planteamientos son concluyentes para afirmar que el estado de necesidad constituye, aun en el caso de conflicto entre bienes iguales, una causa de justificación. Es evidente que la pena no sería eficaz para combatir hechos cometidos en estado de necesidad, porque ante la alternativa de sufrir la lesión del propio bien o cumplir una pena, es muy posible que muchas personas preferirían lo primero, pues como lo recuerda el autor últimamente citado [se refiere a GIMBERNAT] es necesario establecer la distinción entre personas accesibles y no accesibles a la pena, y resulta incuestionable que quien actúa dentro de un estado de necesidad no puede ser considerado incapaz de recibir el impulso disuasivo de la pena, y por ello no es cuestión que atañe a la culpabilidad sino a la antijuridicidad." Cfr. ALDANA ROZO (1978: 84-85).

justificación, relevante para el derecho penal, que en caso de seguirse la tesis de la diferenciación constituiría un error sobre la propia culpabilidad, irrelevante en este ámbito jurídico; admisión del ejercicio de EN contra EN, rompiendo el principio de inadmisibilidad de causa de justificación contra causa de justificación; y, por último, aceptación de la subsistencia de la consecuencia refleja de la obligación de indemnizar por realización de una acción de necesidad, por cuestiones del origen de la obligación de reparación patrimonial, radicada en el daño, mostrándose partidario del artículo 30 del código procesal penal de la época (hoy reproducido en el texto del artículo 57 del vigente Código procesal penal).¹⁰⁹

Por su parte, respecto a la problemática concreta de la naturaleza jurídica del *EN*, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA adopta la tesis unitaria que promueve su entidad de causa de justificación, al parecer, o mejor, *prima facie*, por razones de la regulación legislativa;¹¹⁰ sin embargo, acude también en su justificación, a la argumentación planteada por GIMBERNAT al respecto, relativa al no deseo del legislador, a pesar de su posibilidad de hacerlo, de prohibir y reprimir punitivamente la conducta necesaria, aunque matizando esta posición, asignando relevancia al dilema entre la fatalidad de la condición humana y la ausencia de un daño social grave que se da en este tipo de conductas.¹¹¹

¹⁰⁹ Cfr. ALDANA ROZO (1978: 86-87).

¹¹⁰ "Ante la adopción por el derecho positivo de la solución unitaria de la antijuridicidad, solo (sic) queda preguntar por el fundamento o razón de esta opción." Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1989: 350).

¹¹¹ "La represión o no, por el legislador, de los hechos perpetrados en estado de necesidad, es un problema de política criminal: el derecho podría exigir algunos sacrificios en tal sentido, pero no quiere hacerlo, renuncia a ello, no considera necesario prevenir con la amenaza penal la comisión de tales hechos, como lo destaca GIMBERNAT, quien no aclara, empero, por qué el derecho no lo quiere así o no debería hacerlo. Este argumento merece, pues, una reserva importante: salvo un sistema de responsabilidad objetiva, la ley no podría conminar con pena esos hechos cuando la necesidad implique la supresión de la libertad de elección; de consiguiente, al menos estos (sic) tendrían que permanecer impunes por carencia de culpabilidad. [...] Las razones objetivas de la ley para reconocer la necesidad como justificante están en la fragilidad de la condición humana, claro está, pero también se mueven entre la preferencia por el menor daño social (sacrificio del valor inferior en caso de conflicto) y el "sálvese quien

Lo particular de la postura de FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, que la distingue precisamente de los demás unificadores en la antijuridicidad, es su abordaje de la problemática desde la perspectiva de los problemas dogmáticos de la misma y las consecuencias jurídicas de tal solución, aspectos en los que reconoce las falencias que la tesis de la unificación en la antijuridicidad apareja.¹¹²

En lo que hace alusión a los problemas dogmáticos desde los cuales suele abordarse la cuestión (punición o no de la participación en el EN por conflicto de bienes equivalentes; admisibilidad de la legítima defensa contra acción necesaria inmersa en un conflicto de bienes iguales; dejando de lado la cuestión relativa tratamiento del error sobre el peligro como por supuesto del EN), es también distintiva esta postura, aunque sigue manteniendo serias dificultades epistémicas.

Así, en lo que tiene relación con el primero de los mencionados aspectos, adhiere a la tesis que pregona la impunidad del partícipe en el comportamiento necesario, no tanto porque éste no sea injusto como cuanto porque no representa una agresión

pueda" (caso de conflicto entre bienes, valores, deberes o "males" iguales)." Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1989: 349).

¹¹² "No puede negarse, sin embargo, que cuando los bienes en conflicto son iguales el estado de necesidad justificante apareja complicaciones nada desdeñables. En efecto, como el tercero inocente carece de derecho de legítima defensa (y parece injusto someterlo a las más estrictas reglas del estado de necesidad), se abre la posibilidad de que sea utilizado como objeto, medio o instrumento para el bien de otra persona, lo que pone en entredicho el valor absoluto de su dignidad humana. [...] Hay que reconocer, entonces, que la necesidad no puede ser reconocida o legitimada por el derecho positivo sino en tanto que se comprometa el límite ético absoluto de todo derecho, que es el reconocimiento de todo hombre como persona digna y provista por tanto de un valor tan absoluto como el de cualquiera otra: el estado de necesidad será una causa de justificación cuando el mal causado sea menor que el que se trataba de evitar, siempre que la conducta realizada no implique una infracción grave del respeto debido a la dignidad de la persona humana" (Cita a CERESO). Otra dificultad -prosigue el autor- estriba en que ese estado de necesidad, en cuanto causa de justificación, permite extender en demasía el auxilio necesario, o sea, los casos en que un tercero puede intervenir como "árbitro", justificadamente, en el conflicto de bienes otras personas. Por este motivo, el auxilio necesario en caso de conflicto de bienes iguales se limita tradicionalmente a las personas más allegadas al auxiliar (parientes próximos)." Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1989-II: 349-350).

(antijurídica), en coherencia además con la accesoriad limitada de la participación.¹¹³

La admisión de legítima defensa contra un EN (justificante), la rechaza, salvo cuando esté involucrada la indemnidad de la persona originada en el principio de dignidad humana (aquí la variación con respecto a GIMBERNAT); cuando ello no ocurre, acepta, al igual que el mencionado autor español, los estados de necesidad en cadena.¹¹⁴

Una de las variaciones que propone versa precisamente sobre esta última consecuencia, y es la tendencia a matizar el principio de que "no cabe causal de justificación contra causal de justificación", al tratar de derivar de él (rompiendo con

¹¹³ "Tratándose de un hecho justo, lógica es la consecuencia de que ampara al necesitado (*autoauxilio necesario*) y también a quien lo auxilie (*auxilio necesario*), así como la de que no es posible la legítima defensa contra él, pues esta (sic) supone la presencia de una agresión antijurídica. No significa esto, como sugiere erróneamente RODRIGUEZ DEVESA, que se niegue la defensa justa por el mero prurito de la coherencia lógica, sino que se lo hace por carencia de agresión injusta, requisito que nadie deroga en materia de legítima defensa, y por esto solamente se autoriza el estado de necesidad." Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1989-II: 351).

¹¹⁴ Resultándole lógico, entonces, admitir la consecuencia patrimonial refleja de la obligación de reparar (no admitida para la legítima defensa): "El que sufre la acción de un estado de necesidad ejercido por otro, queda colocado a su vez en estado de necesidad y puede ampararse suficientemente en este (sic) guardando las debidas proporciones (no podrá, pues, matar al hambriento que pretende robarle unas manzanas, pero seguramente sí a quienes lo aprehenden para extraerle a la fuerza un órgano que otro necesita para trasplante). En cuanto a la dignidad de la persona humana es un límite absoluto del derecho positivo -pues este (sic) carece incluso de sentido sin ella-, la reacción del "necesitado" que vulnera gravemente la dignidad humana del tercero no solo (sic) no es en verdad necesaria sino que tampoco es *jurídica*. Nadie, en ninguna condición, puede ser obligado por ninguna norma a sacrificar su dignidad y, en cuanto no está obligado a tolerar estos ataques, puede reaccionar contra ellos en legítima defensa, cualquiera que sea la motivación del atacante.

La regla del estado de necesidad recíproco y del estado de necesidad en cadena tiene la misma validez si ambos sujetos están involucrados en el mismo peligro (*tabula un ius capax* o "tabla de Carnéades"), o si el necesitado o un auxiliador dirige la acción necesaria contra un tercero previamente a salvo, creando de este modo para él un nuevo peligro; y lo mismo si se trata de una colisión entre bienes o deberes equivalentes (propiedad contra propiedad, vida contra vida, socorro debido al herido que está fuera del vehículo y a los que van dentro de él), desiguales (vida contra propiedad, honor contra propiedad) o imponderables (vida de la madre contra "derecho a nacer" del feto, vida de una o varias personas contra vida de un número superior de personas)." Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1989-II: 351).

su coherencia lógica) los supuestos de EN, por vía de considerar que el referido principio es una simple caso especial de la delimitación del concepto de agresión.¹¹⁵

SALAZAR MARÍN, suscribe también la tesis de la unificación en la antijuridicidad basándola en consideraciones sistemáticas y político-criminales adecuadas a su concepción de la estructura del delito.¹¹⁶ En relación con el análisis de las consecuencias dogmáticas admite la legítima defensa contra el EN (constitutivo de un injusto civil), y el EN contra esa defensa,¹¹⁷ puesto que el EN excluye el injusto penal más no el injusto civil.¹¹⁸

¹¹⁵ "La razón para que se admita el estado de necesidad creado por el estado de necesidad, es que en este (sic) el *peligro para los bienes no tiene que constituir agresión antijurídica*, de modo que no interesa si es creado por fuerzas naturales o por la acción humana justa o injusta, culpable o inculpable. Nada repugna, entonces, a la existencia de un estado de necesidad recíproco (si la acción se dirige contra otra persona que corre el mismo peligro), ni la de un estado de necesidad en cadena (si la acción se dirige contra persona distinta). Solo (sic) hay que tener en cuenta que, por su peculiar estructura lógico-jurídica, no cabe legítima defensa contra el ejercicio de ninguna causa de justificación, por faltar la agresión contraria a derecho, y que a su turno, el ejercicio de la legítima defensa no puede ser repelido, al menos ofensivamente, por ninguna causa de justificación. Cfr. FERNÁNDEZ CARRASQUILLA (1989-II: 351-352).

¹¹⁶ "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 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).(p. 583), y agrega más delante: "No seguimos aquí, entonces, con la "diferenciación", la postura de admitir el injusto en los eventos del estado de necesidad exculpante en que sólo se excluye la reprochabilidad, o negarlo en los casos de estado de necesidad justificante, pues con la "unificación" el estado de necesidad debe excluir siempre el injusto."Cfr. SALAZAR MARÍN (2007: 584).

¹¹⁷ "De modo que si el agredido se defiende, se le reconocerá la legítima defensa, pero si al agredido se le destruye su derecho, el agresor habrá actuado en estado de necesidad sus requisitos se reúnen." Cfr. SALAZAR MARÍN (Ídem: 587).

¹¹⁸ "La regla general es que una acción justificada en derecho penal es también lícita en las demás ramas del derecho, salvo la subsistencia de un ilícito extrapenal, tal como sucede en estado de necesidad en que la víctima inocente tiene derecho a la legítima defensa o restablecimiento de su derecho, destruido por virtud del injusto civil que pervive." Cfr. SALAZAR MARÍN (Ídem: 587).

2.2. LA UNIFICACION EN LA CULPABILIDAD.

Es sostenida por MEZA MORALES,¹¹⁹ y por ROZO ROZO.¹²⁰ Para el primero, la regulación tradicional en el derecho penal colombiano, del EN como una causa de justificación, obedece a una defectuosa técnica legislativa característica de dicho ámbito;¹²¹ aspecto que le lleva a plantear una propuesta de *lege ferenda* en el encaminada a la defensa de la tesis de que el EN debe ser tratado como una causa de inculpabilidad.

Son dos los argumentos, ambos de carácter ontológico, los que expone MEZA MORALES para respaldar su tesis: en primer lugar, que el EN ostenta la naturaleza de una causa de inculpabilidad por cuanto es esa sede valorativa, la de la excusión la culpabilidad, la adecuada para el análisis del reproche de comportamientos antijurídicos o prohibidos. Su conclusión ontologista deviene del supuesto de hecho del cual parte para demostrar su argumentación: el caso de los naufragos y la tabla salvadora de CARNEÁDES, propio de un conflicto de bienes de valor equivalente, en los cuales, el Derecho no puede anular la prohibición, el carácter antijurídico del acto de matar uno a otro, por lo que afirmado el carácter injusto del comportamiento, lo procedente es ingresar al análisis de la culpabilidad, en donde no podrá ser otra la conclusión que la inculpabilidad por imposibilidad de proferir un juicio de reproche, situación que deriva de la inexigibilidad de conducta conforme a derecho y del enervamiento de la función preventiva de la pena.¹²²

¹¹⁹ Cfr. MEZA MORALES (1997: 115-121).

¹²⁰ Cfr. ROZO ROZO (1999: 800).

¹²¹ Cfr. MEZA MORALES (*Ídem*: 115): “[a]l artículo 29 del Código Penal le sobra el numeral 5°, que debe corresponder con el mismo ordinal al artículo 40 del mismo estatuto estructural del delito”.

¹²² “Para apoderarse de la tabla, únicamente quedan la fuerza, la astucia o la abnegación de quien prefiere morir para que el otro sobreviva y, tanto si “X” mata a “Z” y salva su vida como si “Z” elimina a “X” y es, a su vez, quien la conserva, infringe el orden jurídico que prohíbe matar y lesiona el derecho a la vida del compañero sacrificado, apremiado por insuperables circunstancias que le compelen a actuar contra derecho, es decir, antijurídicamente. En este caso el *cumplimiento del derecho no es exigible*

En segundo lugar, según MEZA MORALES, el EN nunca justifica la conducta; argumento que sustenta en normas del derecho penal fundamental y del derecho procesal penal colombianos. Efectivamente, trae a mención el artículo 8° de la ley 81 de 1993, modificador del 57 del decreto 2700 de 1991,¹²³ (Código de procedimiento penal), que estipulaba la exclusión de la posibilidad de ejercer la acción civil con fines indemnizatorios en eventos de eximentes diferentes a la legítima defensa y al cumplimiento de un deber legal, como el EN.¹²⁴

pues el común de las personas habría actuado de idéntica manera. [...] Lo que no puede derivarse del ordinario acontecer humano, en el orden general, no puede exigirse en el actuar concreto del autor del hecho ilícito, trátase del caso de la tabla de CARNÉADES o de cualquier otro similar. Fuera de que, en el caso concreto, la función de prevención especial de la pena quedaría completamente enervada pues, si se castiga a "X" o a "Z" por haber matado a su compañero en tan apremiantes circunstancias, en caso de que se repitiera la tragedia volvería a obrar en idéntica forma, postergando para un futuro lejano e incierto el castigo por obedecer a la Ley de la Conservación, más imperiosa que las leyes de los hombres". Cfr. MEZA MORALES (*Ídem*: 117).

¹²³ Establecía dicha disposición hoy derogada: "*Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria*. La acción penal no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber o en legítima defensa".

¹²⁴ "Como se observa, *prima facie*, tampoco el *Estado de Necesidad* aparece relacionado como causal que extingue la acción civil. Vale decir, que si la acción civil no se había iniciado, puede promoverse, y si se había intentado, puede continuarse Cfr. MEZA MORALES (*Ídem*: 119).

Más adelante agrega: "Sería ilógico deducir responsabilidad jurídica del cumplimiento del derecho y, por eso, el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal dispone la imposibilidad de ejercer acción indemnizatoria civil cuando el Estado declara que el hecho no ha existido (pues tampoco puede haber existido el daño) o que el procesado no lo ha cometido (lo cual no obsta para que la acción civil sea ejercida contra quienes no sean amparados con dicho pronunciamiento) o que el autor del hecho obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa. La razón de tal exclusión de la acción civil se fundamenta en que, en tales casos, no existe ilicitud del hecho, por lo que resultaría absurdo y contradictorio condenar a indemnizar a quien se ha ajustado a la ley en su conducta. Si el *Estado de Necesidad* del ordinal 5°, del artículo 29 del Código Penal fue excluido de dicho tratamiento es porque el mismo no justifica la conducta [...] Se violentaría la *sindéresis* cuando se afirmara que, aunque el *Estado de Necesidad* justifica, es decir, excluye la antijuridicidad del hecho, no obstante existe obligación de indemnizar Cfr. MEZA MORALES (*Ídem*: 120).

"En consecuencia, si la declaratoria de *Estado de Necesidad* mediante providencia con fuerza judicial de sentencia no impide la vía civil indemnizatoria, es porque esa causal no excluye la antijuridicidad del hecho, por más que el artículo 29 del Código penal la relacione como causal de justificación. Su naturaleza jurídico-doctrinal, así como su tratamiento

ROZO ROZO, por su parte, conmina su punto de vista al único argumento de la ausencia de culpabilidad por inexigibilidad de conducta en todos los supuestos de EN, sin distinciones de ninguna clase.¹²⁵

3. LA POSICIÓN DIFERENCIADORA ORTODOXA.

Promovida en nuestro ámbito por VELÁSQUEZ¹²⁶ y GÓMEZ LÓPEZ.¹²⁷ El primero aborda la problemática desde la perspectiva del análisis de las consecuencias dogmáticas que han sido estudiadas, acogiendo la tesis de la diferenciación hoy mayoritaria en el Derecho penal internacional, a la que introduce una variación en lo que respecta al tratamiento del error sobre el presupuesto del EN exculpante, que cataloga como un supuesto de error de prohibición indirecto.¹²⁸

De igual modo GÓMEZ LÓPEZ considera que la teoría diferenciadora ortodoxa es la más adecuada para resolver los problemas que suscita el EN, explicitando la importancia de fundamentar el EN exculpante en la inexigibilidad de otra conducta,

legislativo es, a pesar de las apariencias, la de causal de inculpabilidad." Cfr. MEZA MORALES (*Ídem*: 121); resaltado del autor.

¹²⁵ Cfr. ROZO (1999: 800).

¹²⁶ Cfr. VELÁSQUEZ (1994: 443-446 y 491-492).

¹²⁷ Cfr. GÓMEZ LÓPEZ (2003: 635-641 y 1169-1170).

¹²⁸ "Ahora bien, si se pretende hacer un distingo entre las dos formas de estado de necesidad se puede decir que, mientras el *justificante* se presenta cuando se produce un *daño menor* para evitar uno mayor, el *excluyente de la culpabilidad* supone un daño en todo caso *no menor* que el evitado. [...] Por supuesto, esta distinción trae aparejadas diversas consecuencias de tipo dogmático, como ha tenido oportunidad de precisarlo la doctrina: en el primer caso, el hecho se justifica y no cabe ejercer contra él legítima defensa ni es punible la participación (instigación o complicidad) en la conducta típica realizada; en cambio, en el segundo, el comportamiento no es culpable y el afectado con la conducta puede defenderse legítimamente; y la participación es punible, a no ser que se actúe bajo el influjo de dicha situación. A lo anterior añádase que el error sobre la presencia de una situación de necesidad (*estado de necesidad justificante putativo*) es un error de prohibición indirecto (C.P., arts. 30, 40-3), mientras que el yerro sobre la presencia de la situación de necesidad exculpante (*estado de necesidad excluyente de la culpabilidad putativo*) es un caso especial no previsto en la ley que, no obstante, debe recibir el mismo tratamiento." Cfr. VELÁSQUEZ (*Íbid*: 444).

no obstante que la regulación del artículo 32 del Código penal colombiano vigente utiliza la categoría genérica de las 'causales de ausencia de responsabilidad penal'.¹²⁹

4. LA TEORÍA DEL ÁMBITO LIBRE DEL DERECHO:

Ha sido sostenida en Colombia por PÁEZ POLO, quien planteaba en consecuencia que el EN por conflicto entre bienes de igual entidad es una situación que está por fuera de la esfera del derecho.¹³⁰

¹²⁹ Cfr. GÓMEZ LÓPEZ (2003: 1169-1170),

¹³⁰ Cfr. (1977: 250): "Cuando se presenta en el ámbito social una colisión de dos intereses supremos, como los atinentes a la vida de dos personas, verbigracia, y el estado no puede facilitar los medios para dirimir dicho conflicto, por una parte, y por otra, la libertad de elección de aquellos sujetos enfrentados, se halla determinada por la fuerza del instinto de conservación de la especie humana, ese mismo Estado carece de facultades para sancionar a quien, para salvar su derecho, lesiona el de su prójimo. En consecuencia, el 'estado de necesidad' está fuera de la esfera del derecho."

IV. Conclusiones.

1. La cuestión de la posición sistemática del EN constituye uno de los problemas transversales de la teoría del delito, dadas las repercusiones que tienen cada una de las opciones teóricas de resolución de sus problemas dogmáticos en las diferentes categorías analíticas de la conducta punible, en la perspectiva del derecho penal de orientación germanista en clave de la teoría del injusto personal, implicando un trabajo de un alto nivel de consistencia lógico-sistemática y de argumentación político-criminal como pocos institutos de la teoría del delito.
2. La discusión acerca de la posición sistemática del EN ha sido abordada con un análisis riguroso de las consecuencias dogmáticas de la punición de los partícipes, el tratamiento del error y la admisibilidad de la legítima defensa, fundamentalmente en el ámbito de la dogmática penal alemana y española. No sucede así, salvo algunas excepciones, con la dogmática italiana y con una buena parte de la latinoamericana, incluyendo la colombiana, en las cuales el estudio de esta problemática ha sido más la consecuencia de la regulación legal del momento en los respectivos Códigos penales, frente a los cuales se asume una actitud dogmática-exegética, que impide el análisis de las consecuencias lógico-sistemáticas como argumentos principales de elección de la(s) teoría(s) que se acoge(n).

3. En este marco, la dogmática penal colombiana, en forma mayoritaria, en relación con el problema de la posición sistemática del EN, ha dado prevalencia a la tesis de la unificación en la antijuridicidad, que asume el EN como una causa de justificación en todos los casos. Las opciones alternativas, especialmente la tesis ortodoxa de la diferenciación, acogida, si no mayoritariamente, por lo menos sí por un representativo grupo de teóricos internacionales del derecho penal, es minoritaria en el derecho penal colombiano actual.
4. Los actuales y futuros estudios dogmático-penales colombianos acerca del problema de la posición sistemática del EN, reclaman el análisis explícito de argumentos diferentes al de la *sede materiae*, tales como el análisis de las consecuencias sistemáticas y político-criminales de la diferentes teorías, sobre todo las referidas a los problemas de la punibilidad de la participación, la relevancia del error y la admisibilidad de la legítima defensa frente al ejercicio de acciones necesarias, de tal modo que la adopción de alguna de las opciones teóricas, sea el resultado de una adecuada correspondencia entre el modelo de Estado constitucional y la dogmática penal como estudio no sólo descriptivo sino también valorativo del derecho positivo.
5. La dogmática penal colombiana del EN tiene pendiente incursionar con mayor profusión en el análisis de los argumentos y la discusión de los problemas dogmáticos que constituyen el marco de estudio de la problemática en comento, sobre todo porque a partir de ella se pone a prueba toda una concepción de la teoría del delito, especialmente en los actuales tiempos, en los que arrecian las dogmáticas de orientación funcional-normativista que

reclaman una ponderación racional e imaginativa de los teóricos del derecho penal: en cuanto a la punibilidad de la participación en las acciones necesarias, dado que ella depende de una cuestión más general y abierta como la de los límites y el grado de consenso en torno al principio de la accesoriedad de la participación; la relevancia del error sobre la situación de necesidad o de la ignorancia de esta situación, como aspectos que desafían la capacidad de rendimiento de la inexigibilidad como fundamentación de la categoría de la culpabilidad; la admisibilidad de legítima defensa contra las acciones necesarias, como reto de una teoría de la justificación que desarrolle con adecuados niveles de coherencia lógica y normativa el principio de unidad del ordenamiento jurídico.

IV. Bibliografía.

Doctrina internacional

AA. VV. (2000). *Sobre el estado de la teoría del delito (Seminario en la Universidad Pompeu Fabra)*. España: Civitas.

BACIGALUPO, Enrique (1994). *Lineamientos de la teoría del delito*. Argentina: Hammurabi.

BACIGALUPO, Enrique (1994). *Manual de derecho penal*. Colombia: Temis.

BACIGALUPO, Enrique (1998). *Principios de Derecho Penal. Parte General*. España: Akal/Iure.

BAUMANN, Jürgen (1981). *Derecho penal. Conceptos fundamentales y sistema. Introducción a la sistemática sobre la base de casos*, Argentina: Depalma.

- BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (2001). *Algunas reflexiones sobre el principio de intereses en el estado de necesidad*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, España: Aranzadi, pp. 81-100.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán (1999). *Lecciones de derecho penal*, Volumen II, España: Trotta.
- CADENAS; Javier (2007). *Consideraciones sobre la teoría de la diferenciación del estado de necesidad*, en: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo/CARO JOHN, José Antonio (Eds.). *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro homenaje al profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- CANESTRARI, Stefano/CORNACCHIA, Luigi/SIMONE, Giulio de (2007). *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Italia: Il Mulino.
- CARBONELL, Mateu (2001). *El sistema de la justificación en el artículo 20 CP/1995*, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/MORALES PRATS, Fermín. *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, España: Aranzadi, pp. 121-141.
- CEREZO MIR, José (2000). *Curso de derecho penal español. Parte General*. España: Tecnos.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás (1999). *Derecho penal. Parte general*. España: Tirant lo Blanc.
- CREUS, Carlos (2004). *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Argentina: Astrea.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín (2002). *El derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito*, España: Dykinson.
- CUERDA RIEZU, Antonio (1984). *La colisión de deberes en derecho penal*. España: Tecnos.

- DE TOLEDO Y UBIERTO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana (1986). *Derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*, 2ª ed., Rafael Castellanos Editor, Madrid, 1986.
- ESER, Albin/BURKHARDT, B. (1995). *Derecho penal. Cuestiones fundamentales de la teoría del delito sobre la base de casos de sentencias*. España: Colex.
- FEUERBACH, Anselm Paul (2007). *Tratado de derecho penal*, traducción de Eugenio Zafaronni, Argentina: Hammurabi.
- FIANDACA, Giovanni/MUSCO, Enzo (2006). *Derecho penal. Parte general*. Colombia: Temis.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge de (2011). *Direito penal. Parte general. Tomo I: Questoes fundamentais a doutrina general do crime*, Portugal: Coimbra Editora.
- FLETCHER, George P. (2008). *Gramática del derecho penal*, traducción de Francisco Muñoz Conde, Argentina: Hammurabi.
- FONTAN BALESTRA, Carlos (1993). *Derecho penal. Introducción y Parte General*. Argentina: Abeledo-Perrot.
- FRANK, Reinhart (2000). *Sobre la estructura del concepto de culpabilidad*. Argentina, Uruguay: B de F.
- FRISCH, Wolfgang/ROBLES PLANAS, Ricardo (2007). *Desvalorar e imputar. Sobre la imputación objetiva en derecho penal*. Argentina, Uruguay: B de F.
- FRISTER, Helmut (2011). *Derecho penal. Parte general*, traducción de Marcelo Sancinetti, revisada por María Galli, Argentina. Hammurabi.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990a). *El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad*, en: *Estudios de derecho penal*. España: Tecnos.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique (1990b). *Prólogo al Libro de Antonio Cuerda: la colisión de deberes en derecho penal*, en: *Estudios de derecho penal*. España: Tecnos.

- GOLDSCHMIDT, James (2010). El estado de necesidad, un problema de la culpabilidad, traducción de Miguel Ángel Cano, en: *Derecho, derecho penal y proceso I: Problemas fundamentales*. Edición a cargo de Jacobo López Barja de Quiroga, España: Marcial Pons.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel (1992). *Teoría jurídica del delito. Derecho penal parte general*, España: Civitas.
- GÜNTHER, Hans Ludwig (1995). *La clasificación de las causas de justificación en derecho penal*, en MIR PUIG, Santiago/LUZÓN PEÑA, Diego Manuel (eds.). *Causas de justificación y atipicidad en derecho penal*, traducción de Diego Manuel Luzón Peña, España: Aranzadi, pp. 45-66.
- HASSEMER, Winfried (1999). *Persona, Mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en el derecho penal*. Colombia: Temis.
- HIRSCH, Hans Joachim (1999a). *El desarrollo de la dogmática penal después de welzel*, traducción de Mariano Bacigalupo, en HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas, Tomo I*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, pp.13-36.
- HIRSCH, Hans Joachim (1999b). *El derecho penal y el ámbito libre de la regulación jurídica*, traducción de Patricia Ziffer, en HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas, Tomo I*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, pp. 89-119.
- HIRSCH, H.J. (1999c). *La regulación del estado de necesidad*, traducción de Roberto Sánchez y Carmen Arméndariz, en HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal. Obras completas, Tomo I*. Argentina: Rubinzal-Culzoni, pp. 121-147.
- HRUSCHKA, Joachim (2005). *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*. España: Aranzadi.
- JAKOBS, Günter (1997). *Estudios de derecho penal*, traducción de Enrique Peñaranda y otros, España: Civitas.
- JAKOBS, Günther (1995). *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano, España: Marcial Pons.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1961). *Tratado de derecho penal. Tomo IV*, Argentina: Losada.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis (1995). *Lecciones de derecho penal*. México: Avelar Editores.
- JESCHECK, Hans Heinrich (1981). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción de Santiago Mir y Francisco Muñoz Conde, España, Bosch.
- JESCHECK, Hans Heinrich/WIGEND, Thomas (2002). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Traducción la 5ª edición de Miguel Olmedo, España, Comares.
- KAUFMANN, Armin (1977). *Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna*. Argentina: Depalma.
- KAUFMANN, Arthur (1997). *Filosofía del derecho*. Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- LARRAURI PIJOÁN, Elena (1997). *Causas de justificación: criterios de identificación*, en LARRAURI, Elena/HASSEMER, Winfried. *Justificación material y justificación procedimental en derecho penal*. España: Tecnos.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (1990). *El aborto no punible*. España: Bosch.
- LUZÓN PEÑA, Diego (1996). *Curso de derecho penal. Parte General I*. España: Universitas.
- LUZÓN PEÑA, Diego (1978). *Aspectos esenciales de la legítima defensa*. España: Bosch.
- MANTOVANI, Ferrando (1992). *Diritto penal. Parte generale*, Italia: Cedam.
- MARINUCCI, Giorgio/DOLCINI, Emilio (2009). *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Italia: Giuffrè Editore.
- MAURACH, Reinhart/ZIPF, Heinz (1994). *Derecho penal. Parte general*. Argentina: Astrea.
- MAYER, Max Ernst (2007). *Derecho penal. Parte general*. Argentina, Uruguay: B de F.

- MERKEL, Adolf (2006). *Derecho penal. Parte general*. Argentina, Uruguay: B de F.
- MEZGER, Edmund (1990). *Derecho penal. Parte general*. México: Cárdenas Uribe.
- MEZGER, Edmund (2010). *Tratado de derecho penal 1*. Argentina: Hammurabi.
- MIR PUIG, Santiago (1983). *Problemas del estado de necesidad en el art. 8.7° del Código Penal*. En: Estudios Jurídicos en Honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria, t. I, España: Bosch, pp. 501-520
- MIR PUIG, Santiago (2002). *Introducción a las bases del derecho penal*. Argentina, Uruguay: B de F.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (1990). *Teoría general del delito*. Colombia: Temis.
- MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCÍA ARÁN, Mercedes (2007). *Derecho penal. Parte general*. 7ª ed., España: Tirant lo Blanc.
- NAUCKE, Wolfgang (2006). *Derecho penal, una introducción*. Argentina: Astrea.
- POLITOFF, Sergio/MATUS, Jean Pierre/RAMÍREZ, María Cecilia (2003). *Lecciones de derecho penal chileno. Parte general*, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- PALAZZO, Francesco (2008). *Corso di diritto penal. Parte generale*, Italia: Giapichelli Editore.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco (2000). *Manual de derecho penal mexicano*, México: Porrúa.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo/ MORALES PRATS, Fermín/ PRATS CANUT, Miguel (1996). *Curso de derecho penal. Parte general (Acorde con el nuevo código penal de 1995)*, España: Cedecs.
- RIVACOVA Y RIVACOVA, Manuel (1995). *Las causas de justificación*. Argentina: Hammurabi.

- ROBLES PLANAS, Ricardo (2003). *La participación en el delito: fundamento y límites*, España: Marcial Pons.
- ROLDÁN BARBERO, Horacio (1980). *Estado de necesidad y colisión de intereses*, Cuadernos de Política Criminal, No. 20, pp. 469-550.
- ROXIN, Claus (1997). *Derecho penal. Parte general. Tomo I*. Traducción de Diego Luzón, Miguel Díaz y Vicente Remesal, España: Civitas.
- SAUER, Wilhelm (1956). *Derecho Penal. Parte General*, traducción de Juan del Rosal y José Cerezo, España: Bosch.
- SCHÜNEMANN, Bernd (ed.) (1991). *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*. España: Tecnos.
- SCHÜNEMANN, Bernd (2007). *Aspectos puntuales de la dogmática jurídico-penal*. Colombia: Ibáñez.
- STRATENWERTH, Günter (1982). *Derecho Penal. Parte General, I El hecho punible*, traducción de Gladys Romero, España: Edersa.
- VIVES ANTON, Tomás Salvador (1996). *Fundamentos del sistema penal*. España: Tirant lo Blanch.
- WELZEL, Hans (2001). *El nuevo sistema del derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*. Argentina, Uruguay: BdeF.
- WELZEL, Hans (1997). *Derecho Penal Alemán*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- WESSELS, Johanes (1980). *Derecho penal. Parte general*. Argentina: Depalma.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl/ALAGIA, Alejandro/SLOKAR, Alejandro (2002). *Derecho penal. Parte general*. Argentina/Colombia: Ediar/Temis.
- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (1993). *Fundamentos de derecho penal*. España: Tirant lo Blanch.

Doctrina colombiana

- ALDANA ROZO, Luis Enrique (1978). *Algunos aspectos del estado de necesidad*. En: AA.VV. *Las causales de justificación en la doctrina y en la legislación penal colombiana*, Colombia: Universidad Externado de Colombia, pp. 77-96.
- ARENAS, Antonio Vicente (1967). *Compendio de derecho penal*, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- ARENAS, Antonio Vicente (1978). *Comentarios al código penal colombiano*, Colombia: Universidad Nacional de Colombia.
- ARENAS, Antonio Vicente (1988). *Comentarios al nuevo código penal. Parte general. Tomo I*. Colombia: Temis.
- BARRIENTOS RESTREPO, Samuel (1977). *Elementos de Derecho Penal*. Colombia: Bedout.
- CONCHA, José Vicente (1896). *Tratado de derecho penal y comentarios al código penal colombiano*, Colombia: Librería Americana.
- ESTRADA VÉLEZ, Federico (1975). *Manual de derecho penal*. Colombia: Edijus.
- ESTRADA VÉLEZ, Federico (1986). *Derecho Penal. Parte General*. Colombia: Temis.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, Juan (1989). *Derecho Penal Fundamental II*, Colombia: Temis.
- FERREIRA DELGADO, Francisco (1988). *Teoría general del delito*, Colombia: Temis.
- GAITÁN MAHECHA, BERNARDO (1963). *Curso de derecho penal*, Colombia: Lerner.
- GAITÁN MAHECHA, Bernardo (1999). *Derecho penal. Parte General*, Colombia: pontificia Universidad Javeriana.
- GÓMEZ LÓPEZ, Orlando (2003). *Teoría del delito*, Colombia: Doctrina y Ley.
- GOMEZ PRADA, Agustín (1952). *Derecho penal colombiano. Parte general*. Colombia: Imprenta Departamental de Santander.

- IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto (1991). *Apuntes de Derecho Penal. Parte General*. Colombia: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- IBÁÑEZ GUZMÁN, Augusto (1999). *Apuntes de Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Colombia: Ediciones Jurídicas Augusto Ibáñez.
- LOZANO Y LOZANO, Carlos (1979). *Elementos de Derecho Penal*, Colombia: Temis.
- MESA VELÁSQUEZ, Luis Eduardo (1979). *Lecciones de derecho penal*, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia (Hay una edición previa, de 1962, con el mismo título, editada por la Universidad de Antioquia).
- MEZA MORALES, Fernando (1997). *Estado de necesidad. Naturaleza jurídica. Consecuencias*. Estudios de Derecho, Colombia: Universidad de Antioquia, N°. 127, pp. 115-121.
- PELÁEZ VARGAS, Gustavo (1981). *Manual de Derecho Penal Parte General*, Colombia: Bedout.
- PÉREZ, Luis Carlos (1962). *Derecho Penal. Partes General y Especial*. Colombia: Temis.
- PÉREZ, Luis Carlos (1981). *Derecho penal. Partes General y Especial. Tomo I*. Colombia: Temis.
- REYES ECHANDÍA, Alfonso (1990). *Derecho penal. Parte general*. Colombia: Temis.
- REYES ECHANDIA, Alfonso (1996). *La antijuridicidad*. Colombia: Temis.
- ROMERO SOTO, Luis Enrique (1969). *Derecho penal. Parte general*. Vol. I, Colombia: Temis, Bogotá.
- RUIZ, Servio Tulio (1969). *La Estructura del delito en el derecho penal colombiano*, Colombia: Temis.
- SALAZAR MARÍN, Mario (2007). *Teoría del delito (con fundamento en la escuela dialéctica del derecho penal)*, Colombia: Editorial Gustavo Ibáñez.

VÁSQUEZ ABAD, Ángel Martín (1948). *Tratado de derecho penal colombiano. Doctrina y jurisprudencia*. Colombia: Universidad Pontificia Bolivariana.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (1994). *Derecho penal. Parte general*, Colombia: Temis.