

**“EL HURTO POR HAMBRE EN EL DERECHO COLOMBIANO”**

**POR: JUAN SEBASTIÁN CEBALLOS BEDOYA**

**ASESOR: JUAN OBERTO SOTOMAYOR ACOSTA**

**TRABAJO PARA OPTAR POR EL TÍTULO DE ABOGADO**

**ESCUELA DE DERECHO**

**8 DE MAYO DE 2007**

**MEDELLÍN**

**UNIVERSIDAD EAFIT**

**2007**

*“Esta es el hambre. Un animal  
Todo colmillo y ojo.  
Nadie le engaña ni distrae.  
No se harta en una mesa.  
No se contenta  
Con un almuerzo o una cena.  
Anuncia siempre sangre.  
Ruge como león, aprieta como boa,  
Piensa como Persona.  
El ejemplar que aquí se ofrece  
Fue cazado en la India (suburbios de Bombay)  
Pero existe en estado más o menos salvaje  
En otras muchas partes”*

**Nicolás Guillén. *El hambre***

## REFLEXIONES INTRODUCTORIAS

Posiblemente la mejor forma de hacer la introducción a éste texto sea narrando su origen. En efecto, podría decirse, éste trabajo tiene nombre propio: el de un hombre al que nunca conocí. Porque durante mi período de práctica penal en el Consultorio jurídico, tuve la oportunidad de defender los intereses de un procesado por hurto, quien esquemáticamente manifestó en su versión libre que lo cometió “para calmar el hambre”. Se trataba de un habitante de la calle, próximo a los cincuenta años, con esquizofrenia, con condenas en sus antecedentes, con educación primaria y que tenía por ocupación la de reciclador. Después de haber advertido todo esto, lo lógico, por lo menos desde mi perspectiva, era edificar la estrategia de defensa sobre el argumento de que mi defendido había actuado en estado de necesidad. No sé por qué, pero desde mi más temprana lectura de BECCARÍA he tenido presente aquello de que el hurto ordinariamente “proviene de la miseria y desesperación”<sup>1</sup>; éste no era más que uno de esos casos evidentes.

Por lo demás, después de que mis inquietudes me llevaron a investigar sobre la problemática de quienes han cometido un hurto llevados por el hambre, terminé consultando ciertas inquietudes con quien ha sido desde el comienzo de mi formación un invaluable asesor, orientador y pedagogo, y de quien recibí la sugerencia, relativamente lacónica, hecha a manera de pregunta: “¿Por qué no desarrollas estas ideas en el trabajo de grado?”. Eso me pareció suficiente.

---

<sup>1</sup> BECCARIA, CESAR: *Tratado de los delitos y de las penas*, Novena edición facsimilar, México, Porrúa, 1999, p. 89

Desde entonces –o quizás es que sólo a partir de allí empecé a percibirlo de manera frenética- en el país se han publicado los más dramáticos casos de abandono estatal en regiones marginadas, como el Chocó, donde actualmente, debido a dificultades climáticas y económicas, los habitantes se han visto abocados, no sólo a morir de hambre, sino a vivir de las maneras menos dignas: en los árboles y transportándose en improvisadas balsas para cruzar una “avenida”. A eso se le han sumado las noticias de redes ilegales que trafican con los bienes de primera necesidad, y con los sucedáneos alimenticios destinados para los más pobres, lo que ha conducido a los destinatarios de los beneficios a un miserable estado de desnutrición.

Claro, desde el principio fui consciente de que las soluciones que el Derecho aporta para los problemas de los más necesitados son generalmente insuficientes; a veces, incluso, puramente simbólicas. Con crudo realismo asumí que mi trabajo sólo podía ser visto como unas páginas de reflexión sobre uno de los muchos problemas a que puede llevar el padecimiento humano que produce la indebida nutrición, problema al que tampoco iba a aportar soluciones geniales o novedosas, pero me bastaba simplemente con tratarlo de nuevo y con algún rigor.

Pero, con este proyecto investigativo, advertí que de las investigaciones puede decirse lo mismo que el gaucho dijo de los vicios: nunca terminan donde comienzan. Como no fue un proyecto global de investigación del cual surgieran tres capítulos, sino que fueron tres modestos proyectos de los cuales salieron sendos capítulos, entonces en cada rastreo, tras cada lectura, iban teniendo lugar nuevas ideas, se iban abriendo nuevos caminos, y no fui lo suficientemente obstinado como para aferrarme a las finalidades de mi proyecto original. Por eso la idea de trabajar el estado de necesidad cuando se comete un hurto para calmar el hambre se fue convirtiendo en un pretexto para formular algunas inquietudes acerca de la metodología empleada por la doctrina colombiana para aproximarse al estudio del Derecho penal. Desde luego, no podía perder el enfoque inicial, ni el

trabajo realizado, entonces debía tener en la mira la metodología y el problema dogmático que había decidido trabajar, es decir, el hurto por hambre. De allí que terminara siendo poco más que unos apuntes.

Con todo, durante el adelanto de las labores de búsqueda, elaboración y redacción de los capítulos de este trabajo, los apuntes críticos que desde Málaga hacía el profesor JUAN OBERTO SOTOMAYOR (asesor de este trabajo) fueron para mí tan directos y a veces implacables que llegué a poner en seria duda la validez de mis aserciones y la legitimidad de mis “hallazgos”. Pero entonces fue que medité sobre un punto y del cual debo dejar constancia en estas reflexiones introductorias.

Hago parte, como es obvio, de una de las primeras generaciones que egresan como abogados de la Universidad Eafit, institución que le apostó a formar profesionales con una relativamente sólida educación en teorías del Derecho. Por eso no resulta exagerado decir que fue ése un experimento, y que los trabajos de grado son el resultado –como en este caso- de la experimentación. Decía CIORAN que “cada cual debe pagar por la mínima alteración que pueda provocar en un universo creado para la indiferencia y el estancamiento; tarde o temprano se arrepentirá de no haberlo dejado intacto”<sup>2</sup>. Tal vez ahora empiece a sentirse el peso de introducir un cambio en la formación del jurista. Pero no debería ser para tanto.

Cuando se toman muchos de los trabajos dogmáticos desarrollados en Colombia se advierte un esfuerzo tan solo minúsculo por romper con las tradicionales maneras de resolver las discusiones que se suscitan en el círculo de especialistas. Claro, siempre se llevan a colación nuevos penalistas de las altas esferas del saber, provenientes, por lo general, de Alemania, España e Italia. Pero es esa una irremisible condena a la subordinación que no parece justificada. No

---

<sup>2</sup> CIORAN, E. M.: *Historia y utopía*, Barcelona, Tusquets, 2003, p. 68.

quisiera dar a entender que las elaboraciones teóricas deban tener lugar en una especie de solipsismo, o que la condición ideal de reflexión jurídica sea el aislamiento celular de los teóricos, porque eso sería completamente equivocado. Ciertamente, las reflexiones dogmáticas deben participar de la discusión global, pero parece que la discusión global no puede agotarse sólo en aglutinar en las notas al pie la mayor cantidad de penalistas de las diferentes naciones.

Si en los discursos dogmáticos europeos se han producido tan significativos cambios de paradigma, acarreado (como en el caso del funcionalismo de JAKOBS y del de ROXIN) modificaciones importantes en el abordaje de los problemas, eso no fue porque su mirada se enfocara exclusivamente en quienes se dedican al saber penal (aunque ese es un referente importante), sino porque escrutaron nuevos senderos, porque exploraron nuevos caminos; ya el que hayan tenido éxito o no, es una cuestión que no me siento en capacidad de responder. Pero siempre será loable la empresa que no se ciña dócilmente a las tradicionales maneras de entendimiento del Derecho, en este caso penal, siempre que el propósito específico sea proponer nuevas soluciones a viejos problemas o, *tan sólo*, nuevos argumentos a viejas soluciones.

Y es que antes de comenzar las labores de rastreo del material bibliográfico; antes incluso de formular el problema de la investigación, fue para mí orientador lo que leí en un didáctico texto de MANUEL ATIENZA, titulado *Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática*. Pues bien: el primero de los consejos era el siguiente: “Un buen trabajo de dogmática jurídica requiere casi siempre la utilización de conocimientos provenientes de otros campos, como la historia, la lógica, la economía, la sociología, la ética o la teoría del Derecho. No limite, por tanto, sus fuentes de conocimiento a lo escrito por otros dogmáticos sobre el tema que vaya a abordar. Pero no olvide tampoco la especificidad del trabajo dogmático: ordenar un sector del ordenamiento jurídico y proponer soluciones a problemas concernientes a la producción, interpretación y aplicación de esas

normas”<sup>3</sup>. Entonces eso traté de hacer. Comprendí, tarde quizás, que los trabajos de grado no son un momento para enseñar, sino un momento para aprender. No dejo aquí consignados, pues, sino los esfuerzos por tratar de pensar de una manera diferente.

Así las cosas, el texto se compone de tres capítulos. En el primero de ellos he pretendido hacer un recorrido histórico por las legislaciones de 1890, 1936 y 1980, enfocándome en las regulaciones que se le da a los supuestos de hurto famélico, y en las formas en que la doctrina ha comprendido o interpretado dichas normatividades. En el segundo capítulo he intentado subrayar algunas dificultades metodológicas que presentan ciertos discursos dogmáticos colombianos, al hilo del estudio o elucidación de las condiciones legales exigidas para que pueda invocarse el estado de necesidad en Colombia. Finalmente, he tratado, en el tercer capítulo, de proponer una nueva forma de entender el estado de necesidad como técnica excepcional de protección de los derechos, de la mano de algunos resultados investigativos pertenecientes a campos diferentes al Derecho penal, como puede ser la teoría del Derecho y la sociología del derecho. Como cada capítulo ha tenido sendas conclusiones y agregar algo no dicho es imposible, cualquier cosa que se diga resulta redundante.

---

<sup>3</sup> ATIENZA, MANUEL: “Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática”, en *Isonomía*, N° 3, 1995 p. 223.

# I. HISTORIA DEL HURTO FAMÉLICO EN COLOMBIA

## 1. INTRODUCCIÓN

Bajo el ambicioso, y tal vez equívoco, nombre de “Historia del hurto famélico en Colombia”, se pretenden revisar algunas fuentes informativas de nuestro Derecho. Es decir, se pretenden revisar algunos Códigos que efectivamente entraron en vigencia, otros que no lo hicieron y quedaron –podría decirse- a medio camino, algunos comentarios doctrinales, los trabajos preparatorios a los Códigos que rigieron y que no alcanzaron a regir, y hacer sobre esa información algunas reflexiones que no necesariamente están desprovistas de valoración. Por eso el contenido informativo va acompañado de un inevitable ingrediente valorativo; inevitable porque la formación jurídica impulsa muchas veces a respaldar una u otra posición interpretativa (o argumentativa, en fin de cuentas), lo que parece tan extraño a la labor del historiador, a veces tan aséptico o tal vez impermeable al material de su estudio.

Pero es, al mismo tiempo, un título equívoco, porque el término “hurto famélico” –y así ocurre durante todo el capítulo- se utiliza tanto para denominar algunos



supuestos fácticos, como para denominar la norma que provee una consecuencia normativa a esos supuestos fácticos. Enterado de esa ambigüedad quien escribe estas líneas, intentó vanamente superar la dificultad idiomática, pero se encontró con que la mejor manera de enfrentarla era reconociéndola abiertamente, para que fuera el lector quien, según el contexto, interpretara si se está refiriendo a uno u otro concepto, todo en aras de no sacrificar cierta economía de lenguaje, que sería prodigado si se optara por multiplicar los términos. De allí que siendo precisa, aunque sea, alguna especificación, en adelante se trata de proporcionar una visión histórica del hurto famélico como institución normativa.

## **2. CÓDIGO PENAL DE 1890**

Siempre que se hace historia debe comenzarse por un corte, por establecer un punto de partida. Pero en ese establecimiento hay siempre una decisión del que hace la historia. En este caso, la razón por la cual se toma como punto de partida el Código penal de 1890 y no los anteriores, puede leerse en la propia historia de nuestro derecho penal.

En efecto, antes de 1890, en Colombia, rigieron dos codificaciones con vigencia nacional: las de 1837 y 1873. Se habla también del Código de 1858, pero en realidad ese fue un estatuto que sólo rigió para el Estado de Cundinamarca, si se recuerda que el sistema de configuración política de Colombia, en ese entonces, era Federal.

No obstante, aunque se hable de tres codificaciones diferentes (1837, 1873 y 1890), lo cierto es que cada pieza legislativa era poco más que una copia casi literal de la anterior. Así es como JOSÉ VICENTE CONCHA comenta el hecho cuando, al referirse al Código de 1890, expresa: “El Código penal vigente en Colombia es,

con algunas reformas no siempre felices, un traslado literal del que se adoptó para el Estado de Cundinamarca en 1858, que a su vez reprodujo, casi en su totalidad, el de la Nueva Granada de 1837, tomado de la legislación española y francesa de principios del siglo XIX”<sup>4</sup>. Por eso resultaría inútil remitirnos a las codificaciones anteriores.

Ahora bien: ¿Cómo surgió el Código de 1890? Si bien se recuerda, una Nueva Constitución Política regía para la Nación, la de 1886. Se trataba de una Constitución centralista que pretendía configurar un Estado unitario, y que precisamente por ello creaba la necesidad de unificar la legislación penal colombiana. En ese contexto se encomendó la elaboración de un Nuevo Código Penal al Consejero de Estado DEMETRIO PORRAS, quien, tras haber elaborado toda la Parte General de un Código Penal, desapareció; fue un proyecto que no conoció Parte especial. En esa parte general, empero, y a diferencia del Código que efectivamente entró en vigor y de los que lo antecedieron, se regulaban algunos supuestos que acarreaban la exención de la responsabilidad penal por justificación del hecho. El artículo 27, nº 2 del proyecto prescribía: “Está exento de responsabilidad criminal por justificación del hecho: (...) 2. El que para evitar un mal ejecute un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que a juicio del Tribunal no resulte exceso notoriamente innecesario”. En la exposición de motivos, dentro de las consideraciones que tocan este punto, dice PORRAS: “Comprende este artículo el daño causado en la propiedad ajena sin intención de producirlo y sólo con la mira de evitar un mal mayor, cual sería el derribo de una casa para impedir la propagación de un incendio”<sup>5</sup>. Se dibujaban allí las principales líneas de lo que hoy llamaríamos estado de necesidad.

---

<sup>4</sup> CONCHA, JOSÉ VICENTE: *La reforma penal en Colombia*, Tomo I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1924, p. 4.

<sup>5</sup> PORRAS, DEMETRIO: *Proyecto de Código penal. Presentado al Consejo de Estado*, Bogotá, Imprenta de Vapor Zalamea Hermanos, 1889.

Pero, como se dijo, PORRAS no vivió para culminar su obra. Entonces se encomendó a otro Consejero de Estado, JUAN PABLO RESTREPO, la elaboración del mencionado proyecto. En su elaboración, RESTREPO prescindió, casi por completo, de las innovadoras reflexiones que había hecho PORRAS y tomó como modelo directo la codificación que en su momento rigió para el estado de Cundinamarca, que a su vez fue copia del Código de 1837<sup>6</sup>.

Y, la verdad, ese calificativo de “copia” no es gratuito; por lo menos no lo es en lo que tiene que ver con el hurto famélico<sup>7</sup>. Si se mira el Código de 1837 se advierte que el artículo 832 de ese estatuto, no dista en medida importante de la regulación que finalmente entró a regir en 1890, con el artículo 805<sup>8</sup>. En efecto, el 832 de 1837 establecía: “La absoluta necesidad justificada por el reo, de alimentarse o de alimentar a su familia en circunstancias calamitosas, en que por medio de un trabajo honesto no hubiere podido adquirir lo necesario, será excepción bastante para eximirse de la pena, siempre que la cantidad no pase de un peso, y que no haya hecho violencia a las personas”, y que no es muy diferente de la regulación dada por el Código de 1890 a esa misma materia, ya que su artículo 805 decía: “La absoluta necesidad del sindicado o reo, de alimentarse o alimentar a su familia, en circunstancias calamitosas, en que por medio de un trabajo honesto no hubiere podido adquirir lo necesario, será excepción bastante para eximirse de pena, siempre que la cantidad no pase de dos pesos, que no se

---

<sup>6</sup> CANCINO, ANTONIO JOSÉ: “Relación de los principales Códigos y Proyectos de Códigos a partir del año 1837”, en *Obras Completas*, Tomo I, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, pp. 33 y 34.

<sup>7</sup> Se muestra, en este pasaje del texto, la razón del “corte histórico” que se efectuó en el trabajo.

<sup>8</sup> Y, a su vez, tal como fue sugerido por Concha, el Código de 1837 no se diferencia en mucho de la regulación dada en España al hurto famélico en el Código Penal de 1822, salvo porque en este no era una eximente de responsabilidad sino una atenuante. El artículo 755 del Código Penal de 1822 español prescribía: “La necesidad justificada por el reo de alimentarse ó vestirse, ó de alimentar ó vestir á su familia en circunstancias calamitosas, en que por medio de un trabajo honesto no hubiere podido adquirir lo necesario, será excepción bastante para que se disminuya de una tercera parte á la mitad de la pena respectiva el delito cometido por primera vez”. Tomado de LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO; LUIS RODRÍGUEZ RAMOS; LOURDES RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ: *Códigos penales españoles*, Madrid, Akal, 1988, p. 167.

haya hecho violencia a las personas, y que haya sido constantemente buena su conducta anterior en lo relativo al respeto de la propiedad ajena”.

Como se ve, las regulaciones anteriores a 1890, en lo que tiene que ver con la comisión de un hecho punible llevado por la necesidad de satisfacer una necesidad alimentaria, eran prácticamente iguales. Algunas diferencias poco relevantes se podrían destacar, pero es importante que en todos los estatutos penales que efectivamente rigieron en Colombia antes de 1890, y en la misma de finales del siglo XIX, se regulara esa materia de forma especial, y no, como lo pretendió tal vez el Proyecto Porras, regularlo bajo la idea de un estado de necesidad. En ese sentido ha advertido CANCINO la identidad presentada por las regulaciones colombianas en torno al hurto famélico, cuando, en comentario del Código de 1936, dice: “El Código penal vigente trae, en la parte especial dos figuras que son de la familia de la causal excluyente de antijuridicidad que se estudia, y que se han denominado doctrinariamente el hurto famélico, simple, y el hurto famélico entre familiares. *Llama la atención cómo estas figuras han existido, sin excepción, en todos los códigos y proyectos a los que hemos hecho referencia, con excepción, claro está, del llamado Proyecto Porras, que únicamente contiene Parte General*”<sup>9</sup>.

Desde luego, nunca se podrá saber si la virtual parte especial de Porras hubiera contenido una circunstancia especial de exención de responsabilidad, pero estaba claro que los supuestos regulados por ella –si se hubiera seguido el patrón de las legislaciones anteriores- bien hubieran podido resolverse a la luz del transcrito artículo 27 de su proyecto de Código penal.

### **3. CÓDIGO PENAL DE 1936**

---

<sup>9</sup> CANCINO, ANTONIO JOSÉ: “Las causales de justificación en la doctrina y en la legislación penal colombiana”, en *Obras Completas*, Tomo I, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999, p. 601.

Pasó el tiempo y el “tristemente célebre Código de 1890”<sup>10</sup> se mostraba insuficiente para lograr la finalidad que en ese entonces buscaban sinceramente los Códigos Penales: servir de medio eficaz de defensa contra la delincuencia. Entonces tres tentativas de reforma tuvieron lugar.

En primer término, en 1912, JOSÉ VICENTE CONCHA elaboró un nuevo Proyecto de Código Penal que presentó al Congreso. Casi sin atender a las regulaciones penales anteriores de Colombia, tomó como copia el Código de ZANARDELLI, que regía en Italia desde 1890, pues entendía que, de la misma forma que gran parte de América Latina tuvo como modelo de legislación civil la napoleónica, América podía tener como paradigma jurídico penal la legislación penal italiana<sup>11</sup>. Dentro del proyecto, una de las innovaciones era la de la consagración de Causas de justificación del hecho. Como lo decía en la Presentación del Proyecto “Las causas de justificación, tales como las órdenes de la ley y las que dentro de éstas dicte la autoridad, la legítima defensa y *el estado de necesidad*, se comprenden en el Derecho penal parte general, como lo hacen los Códigos recientes, los de Holanda, Hungría, Zurich, y en casos tales, puesto que se trata del ejercicio de un derecho, no hay lugar a la aplicación de pena porque no ha existido en realidad infracción”<sup>12</sup>. En su proyecto de Código, efectivamente, el artículo 45 regulaba un supuesto que hoy se nos parece al regulado por el estado de necesidad: “No es punible el que ejerza un acto para precaverse a sí mismo o a otro de un peligro grave o inminente, que amenace la vida o el honor, cuando no fue causa del peligro quien se ve amenazado por él, y no puede evitarlo de otra suerte”.

Pero el Proyecto Concha nunca vio la luz como Ley de la República; se aprobó en Senado, pero en Cámara se propuso *suspender* la discusión del Proyecto y

---

<sup>10</sup> Según palabras de CANCINO, ANTONIO JOSÉ: “Relación...”, p. 34.

<sup>11</sup> CONCHA, JOSÉ VICENTE: *La reforma penal...*, p. 6.

<sup>12</sup> Citado en CANCINO, ANTONIO JOSÉ: “Las causales...”, p. 588.

enviarlo a la Comisión legislativa mientras tanto, con la finalidad de que fuera estudiado con mayor detenimiento. Sólo diez años después de su presentación como proyecto de ley de la República fue aprobado por el Parlamento Colombiano. La ley 109 de 1922 contenía la normatividad penal que entraría a regir a partir del 1º de enero de 1923. Se dio el caso, empero, de que cuando en Colombia se aprobaba el proyecto Concha, el Código mismo que le sirvió de inspiración (el de ZANARDELLI) estaba siendo reformado desde 1921. Fue entonces que la Corte Suprema de Justicia –como lo relata PARMENIO CÁRDENAS- tras un estudio cuidadoso del mencionado Código, sugirió al Gobierno nacional su aplazamiento, y el Congreso así lo hizo poniéndolo a regir sólo a partir de 1925, y creando una comisión para que pusiera en marcha la reforma<sup>13</sup>.

Y, he ahí la segunda tentativa. Para el estudio del Proyecto Concha se conformó una comisión constituida por JOSÉ ANTONIO MONTALVO, RAFAEL ESCALLÓN, LUIS RUEDA CONCHA y PARMENIO CÁRDENAS, que sesionó durante los años de 1924 y 1925. El proyecto de Código que elaboró la Comisión, empero, no tuvo acogida, y en su lugar se nombró al Procurador de Milán, ANTONINO CÓRDOVA, para que redactara la legislación penal que habría de regirnos en adelante.

Empero, con una marcada influencia clásica, el proyecto Córdoba, en la exposición de motivos, afirmaba que los inimputables debían estar por fuera del derecho penal, lo que contrastaba con la opinión dominante de aquel entonces, de clara raigambre positivista. Tampoco se convirtió, entonces, el Proyecto Córdoba, en Ley de la República.

Finalmente, en 1933 se constituyó una nueva Comisión, conformada esta vez por CARLOS LOZANO Y LOZANO, CARLOS V. REY, RAFAEL ESCALLÓN y PARMENIO CÁRDENAS. Como quiera que algunos integrantes que lo fueron de la Comisión de

---

<sup>13</sup> Véase CÁRDENAS, PARMENIO: *El Código penal colombiano como estatuto de la defensa social*, Tomo I, Bogotá, Editorial Nelly, 1968, pp. 58-61.

1925 estaban en esta nueva, era de esperarse que tuvieran como referente principal aquel proyecto frustrado de Código Penal; y dada la influencia que sobre ellos ejercieron las reflexiones del positivismo italiano, era de esperarse, también, que tuvieran como referentes el Código Penal italiano de ROCCO y el Proyecto FERRI de 1921<sup>14</sup>. Ese Proyecto de Código fue, efectivamente, el Código Penal de 1936, que entró a regir en 1938.

Por lo demás, es importante mencionar que durante la vigencia del Código penal de 1936 fue amplia la polémica que suscitó el hurto famélico, sobre todo porque, por vez primera, al mismo tiempo que había una regulación especial para los casos en los cuales se cometía un hecho punible para alimentarse (que era a la sazón la técnica habitual del legislador penal colombiano), se regulaba en la parte general una causal de justificación, o en todo caso de exención de responsabilidad, que en principio parecía regular esos mismos supuestos. Veámoslo con más detenimiento.

### **3.1. El estado de necesidad en 1936**

El Código de 1936 decía, en su artículo 25: “El hecho se justifica: (...) 3º 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.”

Importante destacar de esta regulación, que suscitó, como cualquier norma que sea objeto de constante reflexión, diversas discusiones bastante interesantes, de las cuales sólo habremos de destacar dos, habida cuenta de la relación que guardan con el tema del hurto famélico.

---

<sup>14</sup> Idem, p. 19 y ss; CANCINO, ANTONIO JOSÉ: “Las causales...”, p. 38.

En primer término, aunque de manera relativamente desigual, se discutió si el estado de necesidad era una causal de justificación o simplemente una causal de exclusión de la responsabilidad penal. Casi toda la doctrina que hizo del estatuto represivo de 1936 su objeto de saber entendió que el estado de necesidad era una causal de justificación del comportamiento, a excepción de unos pocos autores, como SAMUEL BARRIENTOS RESTREPO y BERNARDO GAITÁN MAHECHA. Pensó BARRIENTOS, por ejemplo, en su momento, que el estado de necesidad “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”<sup>15</sup>. GAITÁN MAHECHA, por su parte, opinaba que era discutible si el estado necesidad era una causal de justificación o de exculpación, porque, en su sentir, quien obraba por necesidad debía indemnizar<sup>16</sup>. Y hubo también una importante voz disidente que afirmó que el estado de necesidad “se puede ubicar en una zona intermedia entre las causas de justificación propiamente dichas, como el ejercicio de un derecho, la legítima defensa, etc., y las llamadas “excusantes”, como el constreñimiento físico, el caso fortuito, el error, etc., en las que el ingrediente psicológico es fundamental”<sup>17</sup>, lo que no pretendía tanto desconocer la literalidad de la ley, como abogar por una discusión acerca de cómo debería ubicarse, primero doctrinariamente y después legislativamente, el estado de necesidad. Más que abogar por una interpretación *contra legem*, propendía porque las posteriores regulaciones del estado de necesidad permitieran una lectura más coherente de los elementos que acarrearían una exención de responsabilidad.

Finalmente, hubo otra voz con las intenciones más claras de innovar en el contexto colombiano, pero desconociendo casi por completo las especificidades

---

<sup>15</sup> BARRIENTOS RESTREPO, SAMUEL: *Elementos de Derecho penal*, Tercera edición, Medellín, Editorial Bedout, 1977.

<sup>16</sup> GAITÁN MAHECHA, BERNARDO: *Curso de Derecho Penal general*, Bogotá, Lerner, 1963, p. 146.

<sup>17</sup> ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE: “Apuntes sobre el estado de necesidad”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, N°2, Cali, 1980, p. 57.



de nuestro Derecho. Así ocurrió con LUIS MUÑOZ,<sup>18</sup> quien distinguió un estado de necesidad justificante de otro exculpante. Sobre este particular, en un extenso pasaje, “deduce” de los requisitos legales que “si tenemos en cuenta los requisitos mencionados llegaremos a la conclusión de que el estado de necesidad “sensu stricto” se produce cuando coliden bienes jurídicamente protegidos de desigual valor, y objetivamente se sacrifican los de menor valor. En este caso nos encontramos ante una verdadera causa de justificación”, lo que se interpretaría, “sensu contrario”, en el sentido de que cuando entran en colisión bienes de valor igual, entonces no estamos ante una “verdadera causa de justificación”, sino, en su concepto, ante una excusa. Esa, sin embargo, era una interpretación que debía quedar descartada porque en el texto de la ley no se hacía alusión a la valía de los bienes, como ingeniosamente lo sugirió.

Sin embargo, gran parte de la doctrina entendió que el estado de necesidad era una causal de justificación del hecho, como lo hizo el comisionado LOZANO Y LOZANO, quien en sus *Elementos de Derecho penal* advertía que los hechos justificados presentan los caracteres externos del delito “pero que sin embargo desde el punto de vista de la fuerza moral subjetiva o acción psíquica, carecen de contenido delictuoso y no constituyen una violación del Derecho”<sup>19</sup>.

Pero, en segundo término –y esta es la otra discusión suscitada por la regulación colombiana-, como la regulación del estado de necesidad se refería a salvarse o salvar a otro de un peligro contra “la persona”, siempre se preguntó a qué se debía que el objeto de protección fuera específicamente “la persona” y no cualquier otro bien jurídico. Es decir, se preguntaba por qué el único peligro de que podía salvarse era el que recayera sobre la persona y no, por ejemplo, sobre el patrimonio o sobre el honor o la libertad. LOZANO Y LOZANO plasmó esa

---

<sup>18</sup> MUÑOZ, LUIS: *Comentarios al Código Penal de Colombia*, México, Offset Internacional. 1955, pp. 283 y 284.

<sup>19</sup> LOZANO Y LOZANO, CARLOS: *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1950, p. 247.

preocupación en su obra al afirmar que esa formulación excluye “sin razón suficiente la protección de la libertad y el pudor”, lo que trató de *salvar* entendiendo que “una sana hermenéutica conduce por natural imperio de la lógica, a incluirlos en la idea indicada por la palabra persona, ya que el derecho al pudor y la libertad resultan atributos inseparables de la persona humana”<sup>20</sup>.

Ese “natural imperio de la lógica”, sin embargo, parecía no gobernar sobre las mentes de todos los demás penalistas. GÓMEZ PRADA, por ejemplo, comprendía que la regulación del estado de necesidad, en Colombia, tenía como inspiradora la diferenciación que hacía ENRIQUE FERRI entre la legítima defensa y el estado de necesidad. De hecho, si se estudia el Proyecto FERRI se puede apreciar que el artículo 19, que consagraba las causas de justificación del comportamiento, rezaba: “El hecho aparece justificado a los efectos penales cuando ha sido realizado: (...) 4. Por la necesidad de defenderse o de defender a otros de una violencia actual e injusta; 5. Por la necesidad de salvarse o de salvar a otros de un peligro grave e inminente para la persona, no evitable de otro modo, no provocado por la propia actuación y respecto al que no existe la obligación profesional de afrontarle”<sup>21</sup>.

Se ve, pues, que en el artículo, el N° 4 consagra la legítima defensa, y el 5 el estado de necesidad. Así, quizás una primera mirada permita inferir que era afortunada la interpretación que hiciera GÓMEZ PRADA de las diferencias entre legítima defensa y estado de necesidad, según FERRI, como quiera que mientras aquella exige, a secas, que se trate de una violencia actual e injusta, éste requiere que se dé un peligro grave e inminente para “la persona”. Por consiguiente, no podría actuar en estado de necesidad aquél que tuviera en peligro un bien mueble, por ejemplo. Sin embargo, en los textos del propio FERRI, una lectura un poco más detenida muestra como equivocada la interpretación de GÓMEZ PRADA cuando

---

<sup>20</sup> Idem, p. 277.

<sup>21</sup> FERRI, ENRIQUE: *Principios de Derecho Criminal*, Trad. José-Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Reus, 1933, p. 739.

entendía que había alguna diferencia entre el estado de necesidad y la legítima defensa que residiera en los objetos de protección. Como decía FERRI: “El que el peligro sea para “la persona” debe entenderse en sentido favorable para el que de buena fe actúa para salvarse. Y comprende a más del peligro *directo* (de la vida y de la integridad personal), el *indirecto*, relativo a un derecho de la persona, por ejemplo, el honor (como en el caso de quien destruye un documento para él calumnioso que su adversario se disponía a leer públicamente) o la propiedad (como el que emplea violencia contra su deudor que pretende lanzar al fuego la obligación escrita (única prueba) al mostrársela al acreedor al reclamar su crédito)”<sup>22</sup>. Por tanto, aunque se dijera que lo que podía protegerse era “la persona”, FERRI entendió que mediante la distinción entre peligro *directo* e *indirecto*, se podía proteger casi cualquier objeto o bien.

Pero, incluso, dada la influencia que tuvo el Código de Rocco sobre los comisionados que redactaron el estatuto en comento, no está de más recordar que una de las disertaciones que se cita de manera copiosa es la que trae MANZINI en su tratado de la *Relación ministerial sobre el Proyecto de Código Penal*. Dice la *Relación*: “Se ha preguntado por muchos por qué el instituto del estado de necesidad no se extiende a todos los derechos de conformidad con la ampliación aceptada para la legítima defensa, pero la restricción está justificada por la obvia consideración de que mientras la legítima defensa es reacción a la acción ajena, o sea que esa actividad contra la persona que amenazaron ofender, en el estado de necesidad, por el contrario, la salvación del propio derecho se consigue con el sacrificio de derechos pertenecientes a personas que no determinan la situación peligrosa, y por eso no sería justo extender el instituto a la tutela de otro bien que no sea aquél bien sumo de la sola integridad física, propia o ajena”<sup>23</sup>. Y, con todo, ni siquiera en Italia parecía del todo pacífica la discusión, pues el propio MANZINI advierte que la codificación italiana permite la protección de “bienes-intereses

---

<sup>22</sup> Idem, p. 444.

<sup>23</sup> MANZINI, VINCENZO: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1949, p. 132.

relativos a la persona física o a la personalidad moral”, pero no así a los bienes patrimoniales<sup>24</sup>, lo que daría pie para la protección del honor, por ejemplo, y no sólo de la integridad personal, como lo enunciaba ROCCO en su *Relación*.

Entonces hubo, en síntesis, más o menos dos clases de posiciones frente a la polémica. En primer lugar estuvo la que interpretaba el término “persona” en un sentido completamente restrictivo. BARRIENTOS RESTREPO afirmó, por ejemplo, que “la necesidad no obra sino cuando el peligro amenaza *la vida propia o la vida de otra persona*, a diferencia de la legítima defensa que puede referirse también al honor y los bienes”<sup>25</sup>. En idéntico sentido se pronunciaba GUTIÉRREZ GÓMEZ al decir, sobre el estado de necesidad, que “no cabe la hipótesis cuando se pretende salvar bienes morales o patrimoniales diversos de la propia integridad personal”<sup>26</sup>. ARENAS consideró que el peligro grave había de recaer sobre la “persona”, pero que idealmente debería la causal extender la justificación a la salvaguarda de cualquier bien<sup>27</sup>.

Pero, tal vez la mejor argumentación para defender la interpretación restrictiva fue llevada a cabo por JULIO E. ROZO ROZO<sup>28</sup>. A su juicio, no podían protegerse con la acción necesitada, ni el honor, ni la libertad, ni mucho menos los bienes patrimoniales, y eso por tres razones: **(i)** porque si así lo hubiera preferido, la ley habría procedido como lo hizo con la legítima defensa, en la que se menciona que obra justificadamente el que lo hace “por necesidad de defenderse o defender a otro de una violencia actual e injusta contra la persona, honor o bienes (...)”, es decir, hubiera especificado que se podían proteger también el honor y los bienes; **(ii)** porque si se pudieran proteger todos los bienes, incluso los patrimoniales,

---

<sup>24</sup> Idem, p. 132.

<sup>25</sup> BARRIENTOS RESTREPO, SAMUEL: *Elementos...*, p. 378.

<sup>26</sup> GUTIÉRREZ GÓMEZ, JORGE: *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Bogotá, S.D., 1940, p. 133.

<sup>27</sup> ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Compendio de Derecho penal*, Segunda edición, Bogotá, Derecho Colombiano, 1978, p. 67.

<sup>28</sup> ROZO ROZO, JULIO E.: *Comentarios de Derecho penal general (I)*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1978, pp. 489 y 490.

entonces no se explicaría por qué hay una regulación aparte sobre el “hurto famélico” cuando se ejecuta para proveerse *vestidos*; (iii) porque la persona puede subsistir, aún sin los demás bienes, y por eso mezclar “persona” y demás bienes es una confusión.

No obstante, en la argumentación de ROZO ROZO hay una imprecisión, toda vez que si el legislador del 36 no reguló de manera idéntica el estado de necesidad a la legítima defensa, no fue porque pretendiera que mediante ésta se pudieran proteger más bienes que mediante aquella. Fueron otras las motivaciones –no del todo claras- que llevaron a la comisión a especificar, en la legítima defensa, que también procedía para defender el honor y otros bienes. En el Acta N° 57 del 3 de Octubre de 1934 se discutía el proyecto de norma de legítima defensa que rezaba: “por la necesidad de defenderse a sí mismo o defender a otro de una violencia actual e injusta”. Sobre el particular se dijo: “al hablar de la defensa de sí mismo se entiende que está incluida la defensa de los bienes pertenecientes a la persona, que pueden ser morales y materiales, *pero que dada la situación del país es conveniente consagrar expresamente la fórmula de que la defensa no se limita a la propia vida ni siquiera a la integridad personal, sino que se extiende también al honor y a los bienes de los ciudadanos*”<sup>29</sup>, y por eso el artículo quedó como quedó. Ahora: de la cita queda claro que para los comisionados el término “persona” comprendía, en la legítima defensa, los bienes y el honor. Lo que no se comprende bien es cuál haya sido la situación del país que los llevó a especificar expresamente que se podían proteger bienes diferentes a la integridad personal; ¿aludieron, tal vez, a la situación del país en cuanto a las deficiencias de los intérpretes penales, a su escasa prodigalidad semántica?

Esa, empero, no era la única postura. Como se afirmó en su momento, había, cuando menos, otro sector doctrinal que propugnaba porque el término “persona”

---

<sup>29</sup> MINISTERIO DE GOBIERNO: *Trabajos preparatorios del Nuevo Código Penal. Actas de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios*, Tomo I, Parte General, Segunda edición Oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938, p. 134.

comprendiera otros bienes. Sin embargo, dentro de este grupo estaban quienes comprendían que “persona” permitía proteger sólo los bienes morales (honor, libertad), y quienes comprendían que abarcaba tanto los morales como los materiales (patrimonio económico).

Es decir, algún sector de la doctrina comprendió que la noción de “persona” no permitía incluir allí el patrimonio económico, de suerte que no obraba en estado de necesidad quien lo hiciera para salvar de un peligro a un bien material, aunque sí lo hacía si se trataba de proteger el honor, la libertad o el pudor. Fue así como lo entendió LOZANO Y LOZANO según la “sana hermenéutica” de que se habló, lo mismo que MIGUEL BOLÍVAR ACUÑA, para quien “el peligro grave e inminente debe ser dirigido *siempre* contra la persona. Entre los riesgos contra la persona están comprendidos tanto los que atañen a su vida o a su integridad física o psíquica, como los que afectan su integridad moral o su libertad, por ser todos estos bienes atributos esenciales de la persona humana”<sup>30</sup>.

Paralelamente, GAITÁN MAHECHA empezó por afirmar, en contra de la posición restrictiva, y de la menos restrictiva pero no tan extensiva como la suya propia, que, “como en la legítima defensa, el estado de necesidad no es limitado a determinado bien jurídico, sino que alcanza a cualquiera que sea susceptible de protección: la vida, la integridad personal, el honor, la libertad, el patrimonio”<sup>31</sup>. LUIS CARLOS PÉREZ hizo eco de dicha postura, pues tenía la convicción de que cuando el Código establecía que el peligro debía ser contra la persona, eso debía entenderse que recaía sobre “cualquiera de los bienes que conforman el ser humano social: el honor, la honra, la libertad, el patrimonio”<sup>32</sup>. También REYES ECHANDÍA interpretó que el concepto de persona “no se debe arbitrariamente limitar a sus atributos biosíquicos, sino que comprende toda la gama de intereses

---

<sup>30</sup> BOLÍVAR ACUÑA, MIGUEL: *Apuntes de Derecho Penal General*, Barranquilla, S.D., 1976, p. 304.

<sup>31</sup> GAITÁN MAHECHA, BERNARDO: *Curso...* p. 146.

<sup>32</sup> PÉREZ, LUIS CARLOS: *Manual de Derecho Penal. Partes general y especial*, Bogotá, Temis, 1982, p. 136.

jurídicos de ella predicables, y tan personal es el derecho a la vida como el derecho a la propiedad privada, pues de entrambos es titular el ser humano”<sup>33</sup>. De la misma postura era ESTRADA VÉLEZ, quien entendió que las interpretaciones restrictiva y no tan restrictiva “desnaturalizaban” la institución<sup>34</sup>.

En definitiva, estos últimos autores -los de la interpretación extensiva- entendieron que el patrimonio económico, los bienes que lo conforman, conforman también al ser humano social, y que tan personal es el honor e incluso la vida y la integridad personal como lo es el patrimonio, e incluso que como lo es el dinero. El dinero es tan personal como la propia vida y la integridad. Parece que estos autores sacrificaron la dignidad de la persona para hacer valer una interpretación, y rebajaron sus condiciones vitales al nivel del dinero y de la propiedad privada. A ellos más que a ninguno se les puede hacer el reproche que hiciera con lucidez OSCAR WILDE: “La aceptación de la propiedad privada ha hecho un verdadero daño al individualismo y lo ha hecho confuso, al confundir al hombre con lo que posee”<sup>35</sup>. Este sector, ciertamente, logró confundir al hombre con lo que posee, con el objetivo de hacer valer una interpretación. Porque, en gracia de discusión, puede admitirse que una interpretación amplia del concepto de persona lleve a incluir también los bienes patrimoniales, pero es cierto que no se da una argumentación suficiente que permita entender como válida la aserción, y por último cabe preguntarse si es conveniente que desde los discursos mismos de quienes reflexionan sobre el Derecho penal (sobre esa herramienta de control del Estado) se postule una antropología tan discutible como aquella de que persona es también lo que se posee.

---

<sup>33</sup> REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *La antijuridicidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974, pp. 79 y 80.

<sup>34</sup> ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Manual de Derecho penal*, Medellín, Salamea, 1972.

<sup>35</sup> WILDE, OSCAR: “El alma del hombre bajo el socialismo”, en *Obras Completas*, Duodécima edición, Madrid, Aguilar, 1970, p. 1292.

Por lo demás, respaldar una interpretación –sacrificando con ello la dignidad de las personas- parecía ser el propósito de los tratadistas, y que se confirma cuando, tras haberse derogado el Código de 1936, quienes abogaban por la interpretación extensiva, casi en un acto de contrición, pero en todo caso de sinceridad –como lo hizo LUIS CARLOS PÉREZ- aceptaron que “la salvación de la persona, en la ley derogada, implicaba una reducción de posibilidades, o al menos era la noción que directamente se deducía del texto”<sup>36</sup>.

### **3.2. El hurto famélico en 1936**

Con todo, se ha dicho que en 1936, por vez primera, se introducen las causales de justificación, dentro de las que puede encontrarse el estado de necesidad, regulado en el artículo 25 N° 3. Pero, también, que en la parte especial del Código se encuentran algunas regulaciones que eximen de responsabilidad penal a quien incurra en sus supuestos. Tal el caso del hurto famélico, regulado por el artículo 430 del Código Penal, que así decía: “Queda eximido de responsabilidad el que ejecute cualquier delito contra la propiedad, llevado por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia o vestido, o a las de su familia, cuando no hubiere tenido otro medio lícito de satisfacer esas necesidades, siempre que se limite a tomar lo indispensable para remediarlas, que su personalidad no sea socialmente peligrosa y que no ejerza violencia contra las personas”.

Eran diversos los elementos de la causal:

1. Ejecutar un delito contra la propiedad, “llevado por apremiante necesidad de proveer a su subsistencia o vestido o a las de su familia”;
2. Que no tuviera otro medio lícito para satisfacer esa necesidad;

---

<sup>36</sup> PÉREZ, LUIS CALOS: *Derecho penal*, Tomo I, Segunda edición, Bogotá, Temis, 1987, p. 428.



3. Que se haya limitado a tomar lo indispensable;
4. Que no se ejerciera violencia contra las personas;
5. Que la personalidad del agente no fuera socialmente peligrosa.

De destacar era la discusión sobre las exigencias legales de que no se ejerciera violencia contra las personas y de que el agente no fuera socialmente peligroso, que establecía el artículo en mención.

En primer lugar porque el artículo 430 hacía parte de un capítulo de “Disposiciones comunes a los artículos anteriores”, dentro de los que se encontraban, además del hurto, el robo con violencia sobre las personas, con violencia sobre las cosas, la extorsión, el chantaje, las defraudaciones, la estafa, el abuso de confianza, etcétera. Sin embargo, al exigirse que el delito se cometiera sin violencia sobre las personas quedaban por fuera, de inmediato, el robo con violencia sobre las personas, el chantaje, la extorsión, la defraudación del artículo 425. Pero, precisamente allí, el término “persona” sacaba a flote algunas contradicciones interpretativas de nuestra doctrina.

En segundo lugar, si bien se recuerda, una de las polémicas que suscitó el artículo 25 era la relativa a lo que habría de entenderse por “persona”. Pues, de manera incompatible, como ocurrió con LUIS CARLOS PÉREZ<sup>37</sup> y GAITÁN MAHECHA<sup>38</sup>, a la vez que sostenían que la “persona” de que hablaba el artículo 25 aludía también a los bienes morales y materiales, sostenían que cuando el artículo 430 hablaba de violencia sobre las personas, no se incluía allí la violencia sobre las cosas, y que, en consecuencia, podía invocar el 430 quien hubiera realizado un delito de robo con violencia sobre las cosas. El término “persona” era dotado, prácticamente, de cualquier contenido según las preferencias de cada autor, y

---

<sup>37</sup> PÉREZ, LUIS CARLOS: *Manual de Derecho Penal. Partes general y especial*, p. 566.

<sup>38</sup> GAITÁN MAHECHA, BERNARDO: *Curso...*, pp. 146 y ss.

según los propósitos específicos de cada discurso, sin miramiento alguno a la coherencia del mismo.

Finalmente, bien importante fue la observación que efectuó BARRERA DOMÍNGUEZ sobre la exigencia contenida en el 430, por la cual no se podía amparar a quien cometiera el delito ejerciendo violencia sobre las personas. A su juicio, exigir, para poderla invocar, que el agente no sea socialmente peligroso y que no haya ejercido violencia sobre las cosas, era absurdo. Absurdo porque se podría matar y actuar en estado de necesidad, pero no se podría robar con violencia sobre las cosas y quedar eximido de responsabilidad penal. Con mayor frenesí lo dice el propio autor, en un extenso pasaje que vale la pena reproducir:

“resulta absurdo, porque quien sea socialmente peligroso o ejercite violencia contra las personas, bien puede matar y el hecho se justifica, si obra en estado de necesidad respecto de un peligro grave e inminente contra su persona; si de no morir se trata y el autor del atentado contra el patrimonio económico ajeno resulta socialmente peligroso o ha ejercitado violencia contra las personas, así no haya tenido otro medio lícito de satisfacer sus necesidades y se haya limitado a tomar lo indispensable para remediarlas, ya el hecho no se justifica y el agente debe ir a la cárcel.

Se desprende de lo anterior que en la legislación penal colombiana la vida no está tan resguardada como el patrimonio económico. Aquella puede ser suprimida por el sujeto más peligroso, sin que incurra en responsabilidad, si obra para salvarse de un peligro grave e inminente contra su persona. En cambio, la propiedad ajena, el simple interés económico, no puede ser afectado por quien resulte “socialmente peligroso” o tenga que ejercer violencia contra las personas, así el autor del hecho obre para no morir de inanición, pues incurre en un delito”<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> BARRERA DOMÍNGUEZ, HUMBERTO: *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Temis, 1963, p. 347.

Así, el mismo estatuto que fuera elogiado por uno de sus redactores<sup>40</sup> como aséptico a los intereses de clase, e inspirado, en cambio, “en los más puros móviles de justicia, sin que el gobierno, ni las clases dominantes o dirigentes, hubieran ejercido ni pudieran hacerlo, la menor influencia de los preceptos que conforman sus disposiciones”, ese mismo código que fue alabado porque en él “el aspecto eminentemente científico y técnico (...) excluye cualquier aspecto de sectarismo o imposición política”, fue severamente criticado, y los valores que lo inspiraban descubiertos cuando la doctrina afirmó: “Bien parece que para el Código penal colombiano interesa más una cosa que una persona. Con toda razón se ha dicho que en nuestro país vale más una vaca que un hombre”<sup>41</sup>

Por lo demás, una lectura atenta permitiría extraer un núcleo común, un denominador común a ambas causales, pues en las dos se deja sin penar un comportamiento lesivo de otro bien, para salvar la persona, cuando no haya otra forma de remediarlo. Pero, la verdad, el estudioso del Derecho penal suele hilar más delgado y con mayor precisión, y como resultado de esa actividad suelen salir a flote ciertas diferencias tal vez insospechadas.

Es cierto que muchas de las interpretaciones contenidas en los manuales de texto entendían que esa figura del hurto famélico era redundante respecto al estado de necesidad, o que simplemente sobraba. En la Comisión redactora, por ejemplo, se dejó consignado, en el Acta 208 del 27 de Junio de 1935, lo siguiente: “El Doctor LOZANO dice que si bien es verdad que en la Parte General ya se aprobó una disposición que contempla el caso de necesidad extrema, también es cierto que *para ilustrar mejor el criterio de los funcionarios judiciales es preciso*

---

<sup>40</sup> Léase la ditirámica presentación que hace, del Código de 1936, CÁRDENAS, PARMENIO: *El Código penal colombiano...*, p. 30.

<sup>41</sup> BARRERA DOMÍNGUEZ, HUMBERTO: *Delitos contra el patrimonio...*, p. 347.

*señalar las hipótesis eximentes en este capítulo especial*<sup>42</sup>. Asimismo, en sus *Elementos de Derecho Penal*, el propio comisionado reitera su opinión, en el sentido de que “El Código ha previsto en cambio de manera especial, el caso del que se apropie de alguna cosa ajena llevado de la imperiosa necesidad de suministrar alimentos o ropas a su familia o de procurárselos a sí mismo, lo cual no era estrictamente indispensable, pues el hambre o la inanición pueden considerarse como un peligro inminente contra la persona”<sup>43</sup>.

La misma perspectiva tenía LUIS CARLOS PÉREZ<sup>44</sup>, quien con vehemencia argumentó a favor de que la regulación del 430 “no es una justificante distinta de las generales, ni una simple exención de pena”, y de que “dicha excusa es inoperante, ya que ella está comprendida en una causa, más amplia y más de fondo como es la justificación bajo el acicate de la necesidad, según el numeral 3<sup>a</sup> del artículo 25”. Incluso, en otra parte, trata de argumentar a favor de que la exigencia de que el peligro sea contra “la persona”, también permite incluir en ese peligro al hambre, pues con el término persona no se alude “sólo al que amenaza directamente su integridad física, como una lesión, sino el que persigue la vida o cualquiera de los atributos de ésta, como son la dignidad, la honra, la libertad, la sociabilidad, la cultura, el trabajo”<sup>45</sup>. Lo mismo, en otros libros de texto de Derecho Penal, se refiere al hurto famélico como a un “Caso particular de estado de necesidad”. Entre los autores que sostuvieron tesis semejante pueden contarse a GÓMEZ PRADA<sup>46</sup>, GAITÁN MAHECHA<sup>47</sup>, GUTIÉRREZ JIMÉNEZ<sup>48</sup>, y en cierto sentido RENDÓN GUSTAVO<sup>49</sup>.

---

<sup>42</sup> MINISTERIO DE GOBIERNO: *Trabajos preparatorios del Nuevo Código Penal. Actas de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios*, Tomo II, Parte Especial, Segunda edición Oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1939, p. 257.

<sup>43</sup> LOZANO Y LOZANO, CARLOS: *Elementos...*, pp. 277 y 278.

<sup>44</sup> PÉREZ, LUIS CARLOS: *Manual de Derecho Penal. Partes general y especial...* p. 566.

<sup>45</sup> PÉREZ, LUIS CARLOS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Bogotá, Temis, 1974, p. 778.

<sup>46</sup> GÓMEZ PRADA, AGUSTÍN: *Derecho penal colombiano*, Bucaramanga, S.D, 1952, p. 244.

<sup>47</sup> GAITÁN MAHECHA, BERNARDO: *Curso...*, pp. 146 y ss.

<sup>48</sup> GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, LUIS: *Derecho penal especial*, Bogotá, Temis, 1965, p. 602.

<sup>49</sup> Se dice que “en cierto sentido” porque aunque el autor entiende que el con el estado de necesidad no se pueden agredir bienes materiales –y por tanto no se podría hurtar para calmar el

Pero, de otro lado, estaban quienes pensaban que no era una simple redundancia; que la regulación del hurto famélico en la parte especial tenía algunas especificidades que imponían al intérprete un tratamiento diferenciado. ANTONIO VICENTE ARENAS interpretó el artículo ciñéndose fielmente a la literalidad, y con ese argumento, bastante poderoso, afirmó que el artículo 430 decía “queda **eximido**” y no “queda **justificado**”, y también –más importante aún que lo anterior- que dice “el que ejecute cualquier **delito**”, y por tanto se trata de una causa de impunidad, no de justificación<sup>50</sup>. Fue de similar parecer MESA VELÁSQUEZ, aunque en sus publicaciones sucesivas cambió de postura. Mientras que en las *Lecciones* sostuvo que era una causal de impunidad –y no una causal de justificación o una eximente de responsabilidad-, que la no imposición de pena respondía a una decisión político-criminal, que se sostenía aunque hubiera *delito* y aunque hubiera responsabilidad<sup>51</sup> -en otras palabras, que había delito y responsabilidad, pero no pena<sup>52</sup>- ; en cambio, en su texto de Derecho penal especial rectificó, afirmando que se trataba de una causa de exención de responsabilidad<sup>53</sup>.

REYES ECHANDÍA sostuvo también que no podría dársele el tratamiento de una causal de justificación y sí, en cambio, el de una causa de no punibilidad<sup>54</sup>, y en

---

hambre- sigue llamando al hurto famélico, específicamente, “estado de necesidad”. Ver, RENDÓN, G., GUSTAVO: *Derecho Penal Colombiano*, Medellín, Universidad de Medellín, 1953, p. 168.

<sup>50</sup> ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Bogotá, S.D, 1962, p. 370. También lo sostuvo así el mismo ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1964, pp. 225 y ss.

<sup>51</sup> MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1962, p. 278.

<sup>52</sup> En esos precisos términos lo dice: “la misma ley por razones de política criminal, sin desconocer la existencia del *delito* y de la *responsabilidad* del agente, acuerda la no sanción del culpable, por la presencia de un motivo especial que haga aconsejable prescindir de la pena en un caso dado”. *Idem*, p. 278.

<sup>53</sup> MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO: *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1968, p. 218.

<sup>54</sup> Y así lo sostuvo desde la primera edición de su texto hasta la séptima edición, sólo que ésta última, al venir con las modificaciones producidas por el Código Penal de 1980 venía también con un pie de página que decía escuetamente “Suprimido en el nuevo código penal”. En sus libros de

similar sentido que sus copartidarios, lo hacía por las siguientes razones. En efecto, hay tres diferencias entre la figura del estado de necesidad (artículo 25 N°3) y la del hurto famélico (artículo 430)<sup>55</sup>:

1. Mientras que el artículo 25 exige que el peligro no se hubiera causado por causa propia, el 430 no lo hacía así. Por tanto, era posible que el hurto famélico lo invocara incluso quien malversara o dilapidara sus bienes.

2. El 430 exigía que no se realizara violencia contra las personas, exigencia que no constaba en el artículo 25, razón por la cual si había violencia podía invocarse esta última causal.

3. La exención de responsabilidad penal del artículo 430 tenía lugar sólo si el sujeto que se encuentra bajo su supuesto no es socialmente peligroso, lo que ni se menciona en el artículo 25.

Aunque, vale la pena mencionarlo, hubo también una postura que, contra cualquier previsión, adujo que existía una razón importante para que se consignara una causa específica de exención de responsabilidad. Así argumentaba GUSTAVO RENDÓN<sup>56</sup>: “El estado de necesidad es una causal de justificación formulada en el ordinal tercero del artículo 25, ya citado, que en su texto no comprende los hechos atentatorios contra la propiedad, como el hurto famélico o robo indigente, dado que la justificación en forma general se concreta a aquellos hechos destinados a conjurar un peligro contra la persona, es decir, situaciones en que están amenazados derechos fundamentales, como la vida”. Y

---

texto aseguró que se trataba de una causal de no punibilidad, esto es, que no merecían pena, pese a ser conductas típicas, antijurídicas y culpables. Ver REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964, p. 407; del mismo, *Derecho penal. Parte general*, Sexta edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979, pp. 398 y 399.; del mismo, *Derecho penal. Parte general*, Séptima edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, p. 429.

<sup>55</sup> Diferencias señaladas especialmente por REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *La antijuridicidad...*, p. 94 y

ss.

<sup>56</sup> RENDÓN, G., GUSTAVO: *Derecho Penal...*, pp. 168 y 169.

agrega: “Esto explica por qué el estado de necesidad en los delitos contra la propiedad es materia de disposición especial y por qué igualmente, la exención de responsabilidad sólo es admisible en las condiciones y en las circunstancias que expresamente señala el artículo 430”. Es como si no fuera posible, desde ningún punto de vista, que el hambre se considerara un peligro sobre la persona, que nunca una situación de hambre pudiera comprometer la existencia misma de una persona. Pero eso, en realidad, carecía de fundamento.

De cualquier manera, el Código de 1936 y la doctrina que lo inspiraban no tenían ya la fuerza con que contaban en sus inicios. Se creó una comisión redactora de un nuevo Código Penal, que sustituyera el estatuto represivo de 1936 por uno diferente. Se expidió el Decreto 100 de 1980, entonces Nuevo Código Penal.

#### **4. CÓDIGO PENAL DE 1980**

Para la reforma del Código Penal se conformó una Comisión, primero, en 1972<sup>57</sup>. De ella participaron importantes profesores y tratadistas del Derecho penal. La ponencia sobre las causales de justificación le fue encomendada a LUIS E. ROMERO SOTO.

El 22 de Julio de 1972, en el Acta 16 reposa el proyecto de articulado sobre las causas de justificación. Dice el proyecto, en lo referente al Estado de necesidad: “No hay delito cuando el hecho se comete: (...) d) Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que no se haya causado intencionalmente por el agente, que éste no

---

<sup>57</sup> Que sesionó durante dos años y por eso se la conoce como la Comisión de 1974.

tenga la obligación jurídica de afrontar y siempre que el mal causado sea menor que el que se trata de evitar”<sup>58</sup>.

Las modificaciones introducidas por el Comisionado al punto del estado de necesidad fueron expuestas por él mismo el 22 de septiembre de 1972, y de lo cual hay constancia en el Acta 29. Dice que son varios los cambios introducidos en la figura propuesta por él. Las diferencias serían estas<sup>59</sup>:

1. Se prescinde de la calificación de “gravedad” del peligro;
2. Se da lugar a que el peligro pueda ser actual o inminentes, a diferencia del entonces vigente que sólo hablaba de peligro inminente;
3. No se establecen límites a los bienes protegibles mediante el estado de necesidad, lo que ocurría con el término “persona” del Código de 1936;
4. La expresa prescripción de que sólo hay justificación cuando el bien que se sacrifica sea de menor valor que el que se trata de proteger, y los demás casos de conflicto se resuelven como causas de inculpabilidad;
5. Que en la nueva propuesta se opta por prescribir que no cabe invocar el estado de necesidad cuando el mal sea intencionalmente provocado por el agente. Se especifica aquí lo que en el código del 36 era una expresión vaga: “por obra propia”.

Pero, de todas las modificaciones que se proponían al estado de necesidad, quizás la que suscitó el mayor descuerdo fue la “innovación” expuesta en cuarto lugar. Es decir, no compartieron, varios de los miembros de la Comisión, la adopción de la “Teoría diferenciadora”, y ello por varias razones. Tal vez haya sido el comisionado ESTRADA VÉLEZ quien de la forma más diáfana expresó su discrepancia. Dijo:

---

<sup>58</sup> GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS: *Actas del Nuevo Código penal Colombiano. Parte general*, Vol. I, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1980, pp. 126 y 127.

<sup>59</sup> Ver la intervención del profesor ROMERO SOTO en *Idem*, pp. 206 y 207.



“Realmente me parece que lo más importante por ahora es el problema, planteado en la fórmula, sobre si se adopta, respecto del estado de necesidad, la teoría de la discriminación o el de la causal de justificación, aunque es bien sabido que la primera, o sea la teoría de los intereses de origen alemán, como dice Maurach, se formuló en base al párrafo 54 del Código penal alemán, el cual dio origen a una sentencia del Tribunal Supremo en la que se adoptó dicho criterio. En lo que a mí respecta, soy partidario de la tesis unitaria, no solamente porque consulta la tradición colombiana, evita muchos problemas y dificultades, sino también porque en estricto rigor la legítima defensa es un estado de necesidad”<sup>60</sup>.

En síntesis, algunos de los comisionados argumentaron que la diferenciación entre estado de necesidad justificante y estado de necesidad exculpante (o disculpante) era fruto de la tradición alemana; incluso, de la misma legislación alemana, como lo afirmó MESA VELÁSQUEZ en su propia intervención:

“Si se ausculta bien la legislación germana, que es la que en mayor grado ha dado base al desenvolvimiento de dicha teoría, se advierte que ésta fue concebida más para tratar de explicar la razón de ser de normas diferentes, y hasta cierto punto incompletas sobre la materia, que como un imperativo jurídico y lógico”<sup>61</sup>.

Terminó la discusión y así la Comisión aprobó que el “estado de necesidad” figurara en el capítulo de las causales de justificación<sup>62</sup>, esto es, que en su entendido no había legislativamente algo así como “estado de necesidad disculpante”.

Finalmente, en el anteproyecto que fue fruto de las discusiones en la Comisión de 1974, así quedó regulado el estado de necesidad: “Artículo 35: El hecho se justifica cuando se comete por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno

---

<sup>60</sup> Idem, p. 207.

<sup>61</sup> Idem, p. 207.

<sup>62</sup> Idem, p. 208.

de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia, que no tenga la obligación jurídica de afrontar y siempre que no se excedan los límites de la necesidad”.

Pero el anteproyecto de 1974 no tuvo éxito suficiente como para convertirse en Código Penal. Según dice CANCINO fue sometido a duras críticas y el trabajo no pasó al Congreso<sup>63</sup>. Entonces se conformó otra comisión, que sesionó desde 1976 hasta 1978. Culminó con otro anteproyecto.

El anteproyecto de 1978 reguló de manera bien diferente al de 1976 el estado de necesidad. Dice: “Artículo 32. El hecho se justifica cuando se comete: (...) 5º. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”. Hasta este punto, naturalmente, no habría mayores diferencias. Pero se agregaba un elemento que lo diferenciaba sustancialmente de la regulación anterior, porque en un inciso se precisaba: “El derecho protegido debe ser de igual o de superior categoría al sacrificado”.

Los trabajos de la Comisión de 1978 no alcanzaron a cursar los trámites debidos en el Congreso, pues éste concedió Facultades extraordinarias al Ejecutivo para que se expidiera un Nuevo Código Penal. Otra Comisión se conformó. El 5 de diciembre de 1979 se presentó al Gobierno Nacional el Proyecto definitivo de Código penal y se expidió el mismo mediante el Decreto 100 de 1980, el cual entró a regir un año después.

En la Comisión del 79, al discutirse el estado de necesidad, se comentó el cambio sufrido por la causal en el anteproyecto de 1978, que se apartaba de lo discutido en 1974. Como lo comenta ESTRADA VÉLEZ:

---

<sup>63</sup> CANCINO, ANTONIO JOSÉ: “Relación...”, p. 40.

“En el proyecto del 78 se apartó notoriamente del Anteproyecto 74 en lo relativo al estado de necesidad. En efecto, en el campo doctrinario se disputan el predominio la tesis dualista y la unitaria. Para la primera, cuando el bien sacrificado es de igual o superior categoría al que se pretende proteger, el estado de necesidad opera eventualmente como causa de exclusión de la culpabilidad. Y será justificante, solo cuando el bien protegido es de igual o superior categoría al sacrificado. En la Comisión de 1972 se discutió el asunto intensamente, para adoptar finalmente la fórmula monista consignada en el artículo 35. Yo creo que debemos retornar a ella, no solo porque su texto es más amplio comprensivo, sino también porque no hay razón alguna de índole doctrinaria o práctica para adoptar la teoría dualista”<sup>64</sup>.

Pero otros comisionados eran de opinión diferente. LUIS CARLOS GIRALDO MARÍN se pronunció contra los argumentos de ESTRADA VÉLEZ y abogó por la teoría diferenciadora. Refiriéndose a como había quedado el anteproyecto de 1978, que en su segundo inciso establecía que sólo se consideraba justificado el comportamiento si el derecho protegido era de igual o superior categoría que el sacrificado, dijo:

“voy a referirme al segundo inciso del ordinal 5º. Es evidente que de por medio hay un valor ético, importante de considerar. Si dejamos el 1er. Inciso nada más, podría llegarse a entender que en un estado de necesidad se pueden sacrificar derechos de mayor valor. Por eso me parece importante establecer que “el derecho protegido debe ser igual o de superior categoría al sacrificado”. Con ello habría un control para el estado de necesidad”<sup>65</sup>.

Con todo, los demás comisionados se mostraron de acuerdo con la posición del presidente ESTRADA VÉLEZ, y el artículo que se aprobó fue el siguiente y que se

---

<sup>64</sup> Idem, p. 533.

<sup>65</sup> Idem, p. 535.

convirtió en Norma jurídica válida del país: “Artículo 31. El hecho se justifica cuando se comete: (...) 5. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”. En el Código Penal de 1980 esa norma estaba contenida en el artículo 29, pero eso carece, en verdad, de relevancia en lo sustancial de la exposición.

Lo que verdaderamente importa, y la razón por la cual fue preciso adentrarse en la discusión preparatoria del Código, tiene que ver con la solución de los problemas llamados con un mismo nombre como Hurto famélico. Es decir: la pregunta concreta que trata de responderse es, según la reglamentación del Código de 1980, ¿debe responder penalmente aquella persona que comete un comportamiento típico de hurto para satisfacer, específicamente, una necesidad alimentaria?, ¿Por qué sí o por qué no?.

En este punto es preciso recordar una de las declaraciones del Presidente de la Comisión de 1979 que puede arrojar alguna luz sobre la problemática. Efectivamente, al comentar las modificaciones que se habían introducido al Título XIV, “De los delitos contra el patrimonio”, expresó: “Las más importantes modificaciones que se le introdujeron a este título son las siguientes: (...) 9º) Suprimieronse las figuras del hurto famélico y del hurto familiar por considerar que quedan subsumidas dentro del estado de necesidad como causal de justificación”<sup>66</sup>. Y es preciso recordarlo porque, entonces, el Código de 1980 decidió renunciar a la práctica inveterada del legislador penal colombiano de consagrar una causal específica de exención de responsabilidad (llámesela hurto famélico) y en su lugar regular esos mismos supuestos por el genérico estado de necesidad. En otras palabras, porque una causal específica de exención de

---

<sup>66</sup> Citado en MARTÍNEZ ZÚÑIGA, LISANDRO: *De los delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Temis, 1980, p. 161.

responsabilidad en el caso del hurto famélico sobraba. Quizás también haya sido una buena razón para aducir, a favor de su supresión como causal específica, las dificultades de orden dogmático que presentaba. Pero junto con su supresión podía venir también un serio inconveniente; aunque este tema se tratará más adelante.

Por ahora es importante dilucidar si el Código Penal de 1980 permitía una interpretación diferenciadora o unitaria. Es decir: ¿podía afirmarse, en vigencia del código de 1980, que había un estado de necesidad que era justificante y otro que lo era disculpante? Y, desde luego, el otro interrogante sería: ¿Y por qué es importante hacernos esa primera pregunta?

Supóngase que la ley permite establecer una diferencia entre el estado de necesidad justificante y el disculpante. Entonces piénsese en un caso que fácilmente se resolvería como estado de necesidad justificante: un mendigo que entra a hurtadillas a un restaurante y toma un pedazo de pan para calmar el hambre. Tal vez la solución a este conflicto, según la normatividad jurídico-penal, no resulte muy discutida si se dijera que hay estado de necesidad justificante. Pero siempre será posible introducir variantes que hagan difícil la solución del problema.

Por eso, podrá variarse el supuesto suponiendo que se trata de un mendigo que tiene sus días de vida contados, ya que padece una enfermedad terminal, incurable. Además, piénsese que el mendigo se apodera, no de un pedazo de pan, sino de una joya valiosísima (de enorme valor sentimental para su propietario, y de gran valor comercial), y que pensaba vender esa joya como chatarra para calmar el hambre, pero que, en todo caso, su hambre no era tan insidiosa como para que pudiera perecer de inanición. ¿Diríamos entonces que el derecho del mendigo a la alimentación es de mayor valor que el derecho de propiedad de la víctima del comportamiento típico de hurto?, ¿Estaríamos dispuestos a decir que en un caso como este el comportamiento del mendigo se encuentra justificado?

No se dice que en los casos anteriores los derechos protegidos sean de inferior valor a los derechos sacrificados, pero que puede haber elementos que hagan inclinar la balanza a favor de éstos es una cosa que no merece mayor discusión. Sobre todo porque el intérprete muchas veces se ve influenciado por decisiones político-criminales, que a menudo son bastante represivas frente a los hechos lesivos del patrimonio económico.

Entonces, en ese orden de ideas, resultaba relevante la posición interpretativa que se adoptara frente al Código Penal de 1980. Porque si es cierto que la propia comisión decidió rechazar la diferenciación entre estado de necesidad justificante y disculpante, y así fue entendido por importantes tratadistas y comentaristas de la legislación penal<sup>67</sup>, también lo es que los Códigos, una vez sancionados, se emancipan de sus creadores, y las interpretaciones a que sus enunciados pueden dar lugar desbordan en muchas ocasiones los presupuestos de sus autores. Por eso mismo, algunas voces autorizadas sostuvieron la interpretación diferenciadora.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ<sup>68</sup>, por ejemplo, abogó, en vigencia del Decreto 100 de 1980, por la posibilidad de una lectura del mismo según la teoría diferenciadora. La argumentación que soportaría esa afirmación, empero, es poco convincente. Son escasas las referencias tendientes a mostrar las condiciones de posibilidad legislativas de semejante interpretación. En otras palabras, aunque reconoce que la teoría unificadora es “de amplia acogida en el derecho nacional”, opta por sostener que el estado de necesidad puede ser justificante o disculpante. Pero son escasos los argumentos dirigidos a derrumbar la teoría unificadora y a mostrar cómo es posible sostener esa interpretación cuando la codificación pertinente se

---

<sup>67</sup> Así fue interpretado por ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Derecho penal. Parte general*, Segunda edición, Bogotá, Temis, 1986, pp. 215-217; y, aunque no se refiere a la discusión, estudia el estado de necesidad en el capítulo de “La antijuridicidad” REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal. Parte general ... 1980*, pp. 233 y ss.

<sup>68</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal. Parte general*, Tercera edición, Bogotá, Temis, 1997, pp. 512 y ss.

muestra tan reacia a ello. Es decir: si se toma en cuenta el Código penal de 1980 se advierte que el artículo 29 dice expresamente “El hecho **se justifica**: (...) 5º. Por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, no evitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.

Vistas así las cosas, el estado de necesidad es una causal de justificación. No obstante, es posible salir al paso aduciendo que, precisamente, el artículo 29 consagra el estado de necesidad justificante, pero no el disculpante; que el disculpante estaría fundamentada por otra norma del Derecho positivo. Esa, no obstante, parece una salida bastante difícil (a favor de la cual no argumenta VELÁSQUEZ), si se tiene en cuenta que el artículo 40 consagraba las “causales de inculpabilidad”, y dentro de ellas no había ninguna que respondiera las características del estado de necesidad, y tratar, quizás, de subsumir el estado de necesidad en cualquiera de esas otras causales, prefiriendo alguna de ellas a la del Nº 5 artículo 29 de la codificación, resultaba exagerado.

Y, sin embargo, otra salida era posible. Cuando al final del Nº 5 se precisaba que el derecho podía protegerse del peligro siempre que no se tuviera “el deber jurídico de afrontar[lo]”, entonces se podía argumentar a favor de que se tenía el deber jurídico de afrontar el peligro sobre un derecho cuando sólo era posible protegerlo sacrificando uno de igual o de mayor valor. Es decir, que cuando la única forma de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente era sacrificando un derecho de igual o de mayor valor, entonces no se podía invocar la causal de justificación, porque se tenía el deber jurídico de afrontarlo. Ingeniosa salida que tenía, empero, el severo inconveniente de que, aunque explicaba cómo era posible decidir que no había justificación del hecho cuando el derecho a sacrificar era de igual o superior valor que el derecho a proteger, no lograba fundamentar el estado de necesidad disculpante en una norma jurídica positiva. Aunque alguna vez se planteó que era posible resolver esos casos por

analogía con la “insuperable coacción ajena” del artículo 40 # 2<sup>69</sup>, esa respuesta era bien elocuente: no se trataba, por tanto, de un estado de necesidad, sino de una insuperable coacción ajena. Además, habría sido, cuando menos, discutible que, tratándose de una causal que no era propiamente el estado de necesidad, exigiera que el agente no hubiera causado el peligro por imprudencia<sup>70</sup>. De cualquier modo, en esa interpretación va envuelta una aseveración generalizadora que no puede compartirse: que siempre que se presenta un conflicto hay un problema motivacional que acarrea la inculpabilidad, lo que tendría que mirarse caso por caso.

A eso se le debía agregar la dudosa fundamentación del concepto “deber jurídico” que subyacía a todo el discurso diferenciador, toda vez que si no existe en todo el sistema jurídico una norma que radique semejante deber en cabeza de las personas, no se ve cómo pueda eso llamarse deber “jurídico” (si no está en ninguna de las normas del sistema) y cómo pueda satisfacer el principio de legalidad, e incluso de tipicidad, que eran principios rectores de la normatividad en aquella época.

Todo esto para tratar de elucidar si en un caso como los propuestos, y con las variantes sugeridas, se consideraba el acto del mendigo como justificado o como ilícito pero a su autor inculpable. Y, la verdad, aunque quienes propugnan por un entendimiento diferenciado del estado de necesidad traen como ejemplos de justificación “el que sustrae alimentos para mitigar el hambre; el joven tuguriano desempleado que –después de tocar las puertas en busca de empleo- hurta una cadena de oro a una dama con el fin de procurar alimentos para sus padres y hermanos”<sup>71</sup>, también es cierto que podría no ser ya tan claro para ellos un supuesto como el del mendigo, cuando son introducidas las variantes propuestas, porque, a juzgar por otros de los ejemplos que consignan en sus manuales como

---

<sup>69</sup> La expone como una posibilidad interpretativa, FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: Ob., cit, p. 349.

<sup>70</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: Ob., cit, p. 379.

<sup>71</sup> Idem, p. 514.



justificados por el estado de necesidad, el resultado de la ponderación es bastante discutible. Por ejemplo, VELÁSQUEZ entiende que “puede invocar la justificante el que es obligado por su amigo, arma en mano, a lesionar a la novia de aquel con la cual se ha peleado; en fin, el trabajador compelido por el pelotón guerrillero, so pena de fusilamiento, a colaborar en el secuestro de su empleador”<sup>72</sup>, pero ¿son esas lesiones *menores* que las que se tratan de evitar?, ¿es acaso tan evidente que la lesión a la libertad es de menor gravedad que la lesión a la vida? Esas son decisiones que implican tomas de posturas morales harto difíciles y que son, por tanto, bien discutibles.

Naturalmente, mucho más solvente resultaba la interpretación unificadora, para la cual sólo había estado de necesidad justificante, y nada más. Hallaba esta posición sustento fuerte en la Codificación colombiana, respaldo en los trabajos preparatorios de la Comisión redactora, en algún sector importante de la doctrina, y en la razón, para nada baladí, de que resolvía las problemáticas sin incurrir en la difícil ponderación a que llevaba la doctrina diferenciadora.

## 5. REFLEXIONES FINALES

En fin, el Estado Colombiano conoció otro código penal en 2000, contenido en la ley 599, que entró a regir a partir de 2001. En él, como en el anterior, no se acudió a la fórmula específica de exención de responsabilidad que se había utilizado en Colombia desde 1837 hasta 1980 (sin incluir este último), sino que se optó porque los supuestos de quienes cometen comportamiento típicos de hurto, llevados por la necesidad de satisfacer una necesidad alimentaria propia o ajena, lo mismo que cualquier otro supuesto en que se obre para proteger un derecho

---

<sup>72</sup> Idem, p. 514.

propio o ajeno de un peligro actual o inminente, se regularan por la genérica causal del estado de necesidad, contenido en el artículo 32 #7 del estatuto que se comentará, en extenso, en el capítulo siguiente.

Lo que por el momento importa resaltar es que el legislador penal colombiano abandonó la técnica legislativa de consagrar, para los casos en que se comete un hecho punible contra la propiedad (o el patrimonio económico) llevado por la necesidad de alimentarse, una causal específica de exención de responsabilidad penal. Ahora, y desde la expedición de su antecedente inmediato, sólo existe la genérica causal del estado de necesidad (que puede ser justificante o disculpante, según las opciones del intérprete) para resolver los supuestos denominados comúnmente como “hurto famélico”.

Esto, desde luego, tiene mucha influencia en la reflexión dogmática y, tal vez, en las decisiones judiciales. Desde que desaparece la causal específica de exención de responsabilidad, prácticamente en ningún Manual de Derecho penal, o en los libros de texto, se vuelven a tocar los supuestos de hurtos por hambre. Ello puede deberse, ciertamente, a que desapareció el artículo que lo consagraba. Pero más que por eso, más que porque haya desaparecido el mero artículo, porque desapareció una problemática de corte dogmático. De hecho, si en su momento se trataron esas temáticas (los casos de hurto llevado por una necesidad alimentaria) no fue *simplemente* porque en el Código se incluyera un artículo que regulaba esos supuestos, o por lo menos no fue así en todos los casos; tampoco por las condiciones socioeconómicas del país –aunque quizás ello haya tenido algo que ver- sino más bien porque la legislación, como ocurrió en el caso del Código de 1936, presentaba dificultades, más o menos serias, a la hora de interpretarlo. Ya KIRCHMAN había advertido que gran parte de los comentarios del jurista tenían que ver con los problemas que presentaba la ley:

“¿Cuál es el contenido de todos aquellos comentarios, exégesis, monografías, cuestiones, meditaciones, tratados y casos jurídicos? (...) más que nueve diezavos tratan de lagunas, ambigüedades, contradicciones, de lo falso, anticuado y arbitrario de las leyes. Su objeto lo es la ignorancia, el descuido y la pasión del legislador.”<sup>73</sup>

Y, aún peor, KIRCHMAN sentencia que “por culpa de la ley positiva los juristas se han convertido en gusanos que sólo viven de madera podrida”. Era por eso, precisamente, que llegó a afirmar: cuando se dan tres palabras *rectificadoras* del legislador “bibliotecas enteras se convierten en papeles inútiles”<sup>74</sup>.

Quizás por eso son escasos los manuales o libros de texto que se dedican hoy a contemplar o a considerar lo que ocurre en los supuestos de un hurto que se comete por hambre. Esporádicamente se encuentran ejemplos –que son enunciados tan sólo de paso-, y muy excepcionalmente se leen concentradas disertaciones sobre el particular. En la doctrina nacional, por ejemplo, probablemente sea el texto de Derecho Penal Especial de FERNANDO TOCORA, el único que toca el tema, y advierte al tratarlo, con cierta preocupación:

“Aquí conviene llamar la atención sobre nuestro medio judicial, en el que muy pocos procesos penales llegan a reconocer la justificante, a pesar de la ostensible criminalidad económica de necesidad, que un medio de grandes masas de depauperación produce”<sup>75</sup>.

Ahora bien: aunque puede ser cierto que no es para nada adecuado, y quizás poco pedagógico, que cada libro de texto se convierta en un receptáculo casuístico, en el que deban quedar consignados, por ejemplo, todos y cada uno de

---

<sup>73</sup> VON KIRCHMAN, JULIO GERMÁN: “El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho”, en *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 267.

<sup>74</sup> *Idem*, p. 268.

<sup>75</sup> TOCORA, FERNANDO: *Derecho penal especial*, Bogotá, Librería del profesional, 2000, p. 95.

los ejemplos en los cuales se puede obrar en estado de necesidad, parece que un elemental compromiso con la situación especial de pobreza (e incluso de miseria) de los hombres sobre los que está llamada a operar la violencia penal, una mínima dosis de información empírica sobre los habitantes del territorio que son regidos por la codificación que comenta el estudioso, puede llevar a hacer algún énfasis, un comentario especial, sobre estos casos que pueden tener lugar –más que en cualquiera otra parte- en los países en desarrollo.

Asimismo, debe llamar la atención la reflexión de TOCORA sobre el escaso reconocimiento que se da en la judicatura a la justificante del hurto famélico. Y debe llamarla seriamente porque, tanto entre los codificadores (Comisionados y especialistas del Derecho penal), como entre los comentaristas y críticos del mismo, a veces puede más el afán –perfectamente legítimo y loable- de actualizar nuestras teorías según los últimos estudios de la ciencia española, italiana o alemana –según la época- que el de, por lo menos, intentar resolver justamente los conflictos que se presentan en nuestra sociedad, muchos de los cuales tienen su origen –remoto o inmediato- en la precaria garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de sus habitantes. Porque, dicho sea en este contexto, los modelos importados que con tanto ahínco y encono tratamos de entender y de aplicar, y a la luz de los cuales intentamos interpretar nuestro propio Derecho, lo mismo que las técnicas legislativas que se emplean en otros contextos, responden a ciertas circunstancias políticas y socioeconómicas específicas, que suelen ser diferentes de las de los sitios donde esas teorías se reciben. En América Latina ha sido el profesor ZAFFARONI quien, de manera permanente, ha insistido sobre ese punto; y comentando, precisamente, la importación de modelos europeos a nuestro continente, durante el Siglo XX, dijo:

“Cada uno de estos modelos responde originariamente a cierto modelo de poder político y a un contexto económico, social y cultural del que, por regla general, se hizo caso omiso al transportarlo”<sup>76</sup>.

En este orden de ideas, una pregunta puede formularse, pero no responderse sin tener a la mano los materiales empíricos que la hagan válida: ¿será, entonces, que la desaparición de la específica causal eximente de responsabilidad –de los códigos y de los manuales, y en consecuencia de las decisiones judiciales– obedece también a esa necesidad –creada– de transportar los modelos y técnicas legislativas extranjeras a nuestro continente, a nuestro país, a nuestra realidad?

## **II. EL HURTO FAMÉLICO COMO ESTADO DE NECESIDAD**

### **1. INTRODUCCIÓN**

---

<sup>76</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: “Política y dogmática jurídico penal”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 13, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Diciembre, 2002, p. 305.

En el capítulo anterior se trató de hacer una historia legislativa y doctrinal del hurto famélico; es decir, la historia de cómo nuestro Derecho le ha dado soluciones a los casos que, genéricamente, pueden enunciarse como aquellos en los cuales una persona hurta para calmar el hambre. Éste capítulo es una continuación de esa historia, pero es una historia más reciente, que empieza desde el último Código penal colombiano, es decir, desde el año 2000.

No obstante, si bien se recuerda, ha sido dicho que desde la expedición del Código de 1980 esos supuestos cuya regulación se viene estudiando, empezaron a solucionarse por la genérica causal del estado de necesidad. Y, en general, puede decirse, a partir de ese momento los manuales mencionan los supuestos de hurto famélico sólo como ejemplos de casos en los que cabe hablar de estado de necesidad, a secas, o de estado de necesidad justificante.

Con todo, no sobra exponer aquí algunas consideraciones sobre la normatividad penal colombiana en punto al estado de necesidad, y sobre todo al tratamiento doctrinal que se le ha dado a la figura, porque hay algunas problemáticas que pueden, eventualmente, llegar a hacer difícil su entendimiento. Por tanto, enseguida se expondrán algunas consideraciones referidas a la metodología que debe emplearse para estudiar el estado de necesidad, los requisitos exigidos por la causal, y dentro de ellos algunas problemáticas que justifican, precisamente, las observaciones preliminares que en primer término se exponen. En síntesis, en este capítulo se trata de elucidar lo que la ley dispone cuando preceptúa: “Art. 32- No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...) 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.

## 2. OBSERVACIONES METODOLÓGICAS PRELIMINARES

En las amplias y riquísimas discusiones acerca de la relación que guardan entre sí el Derecho y la Moral, se cita a menudo un fragmento de JEREMY BENTHAM que sugiere la esencial postura positivista, según la cual existe entre ellos (el Derecho y la Moral) una separación conceptual. Sin embargo, dentro de ese pasaje hay además una idea sobre la cual no se ha dicho lo suficiente, y a la que sería conveniente dedicar una mayor meditación.

El fragmento de que se viene hablando es el siguiente:

“Hay dos caracteres, tanto de uno como del otro, se puede decir que cualquier hombre que encuentre algo que decir sobre el tema del Derecho los tendría en su consideración; - el del *Expositor*, y el del *Censor*. A la provincia del *Expositor* le pertenece que nos explique, como él supone, qué es el Derecho: a la del *Censor*, enseñarnos lo que él cree que *debe ser*. La primera, por consiguiente, se preocupa principalmente de establecer, o de investigar los *hechos*: la última en discutir las razones. (...) Lo que es Derecho, lo es, en diferentes países, considerablemente diferente: en tanto que lo que debe ser, es en alto grado en todos los países lo mismo. *El Expositor, por consiguiente, es siempre el ciudadano de éste o de aquel país en particular; el censor es, o debe ser, el ciudadano del mundo*”<sup>77</sup> (Subrayas añadidas).

Si se advierte bien, una oración de BENTHAM subraya la postura metodológica que frente al Derecho debe asumir el Expositor. El Expositor es ciudadano de éste o aquel país; el censor, en cambio, es o debe ser ciudadano del mundo. La labor expositiva de la ciencia del Derecho es una labor que versa sobre un material

---

<sup>77</sup> BENTHAM, JEREMY: *Un fragmento sobre el gobierno*, Trad. Enrique Bocardo Crespo, Madrid, Tecnos, 2003, p. 11.

contingente, que varía de país en país y de tiempo en tiempo. No es un objeto eterno e inalterable. De allí que lo que dice la ciencia del Derecho de un país puede ser algo diferente a lo que dice la de otro país, sin que en ello exista mayor inconveniente de orden lógico o metodológico.

Por el contrario, lo extraño sería que la ciencia del Derecho en uno y otro país dijera *lo mismo*, hiciera las mismas afirmaciones, siendo que el Derecho positivo vigente en ese momento histórico está configurado de manera *diferente* en ambos. En tal evento, no sería el estudioso quien se adapte al Derecho, sino al contrario. Surge, por consiguiente, una pregunta: ¿Es el Derecho quien debe ajustarse a las nociones del estudioso, o es el estudioso quien debe adaptar sus conceptos para que mejor se conformen con el texto legal?

Esa pregunta, desde luego, merece múltiples consideraciones. Sin embargo, tal vez la principal consideración que debe hacerse es la de que el jurista nunca debería renunciar a proponer modelos más garantes y más técnicos (más idóneos para lograr un fin) de solución de conflictos y de problemas jurídicos. Pero esa postura normativa debe tener un nivel discursivo claro, transparente: la modificación del Derecho positivo, según los procedimientos que él mismo dispone para su transformación<sup>78</sup>. De ninguna manera debería el estudioso atacar el Derecho e incluso desconocerlo, para que se acomode uno de sus conceptos. Si

---

<sup>78</sup> ROBERT ALEXY, retomando una terminología empleada por RADBRUCH, dice que existen unos “conceptos jurídicos genuinos”, ejemplo de los cuales sería la legítima defensa, y cuyo contenido “*depende de las normas jurídicas*”. “Si no existieran tales normas –dice ALEXY–, entonces estos conceptos no designarían nada. Estos conceptos, por ello, se refieren, para emplear una expresión de SEARLE, no a hechos naturales (brutal facts), sino a hechos institucionales (institutional facts), a hechos que, como por ejemplo una victoria en el ajedrez, sólo existen si existen las correspondientes reglas. *Esta relación de los genuinos conceptos jurídicos con normas jurídicas permite al mismo tiempo aclarar que la propuesta de cambio de uno de estos conceptos implica una propuesta de cambio de las normas a que se refieren*” (Subrayas añadidas). Véase ALEXY, ROBERT: *Teoría de la argumentación jurídica*, Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1997, pp. 246 y 247.



de Exponer se trata, entonces habrá de mirar a los códigos, *aunque con eso no bastará*<sup>79</sup>.

En fin, lo que quiere resaltarse es que la idea de una ciencia transnacional del Derecho puede fungir, por lo pronto, tan solo como idea regulativa y a condición de que los Derechos de cada una de las naciones guarden entre sí relaciones de identidad o de semejanza relevantes. De lo contrario, esto es, de darse el caso que las regulaciones de un país y otro son diferentes, entonces no se ve cómo pueda sugerirse que es posible una ciencia sin fronteras.

Naturalmente, ello puede deberse a razones de orden cultural. Es decir, que es posible aceptar sin mayores reparos la existencia de, por ejemplo, una ciencia del Derecho penal transnacional, debido a razones de orden cultural. ¿Cuáles sean esas razones?, es una pregunta que no puede responderse en esta investigación. Pero ya otros trabajos<sup>80</sup> han sugerido una aproximación al entendimiento del problema –indagando por las condiciones culturales de una asunción semejante-, y han afirmado con tino que, si se toma por ejemplo la iusfilosofía latinoamericana, la creencia en una Teoría Transnacional del Derecho ha hecho que las reflexiones locales estén más orientadas a contribuir en la comprensión de la tradición universal que en la de la tradición local. LÓPEZ MEDINA ha podido sugerir, entonces, que “la labor científica de la iusfilosofía es explicar sistemas jurídicos concretos y no sistemas jurídicos abstractos. Por eso la elaboración imaginativa de una TTD (Teoría Transnacional del Derecho) es contraproducente para la empresa que

---

<sup>79</sup> Es importante resaltar ésta afirmación. Los códigos a veces no son suficientes para fundamentar una solución. Como el caso que menos argumentación exigiría está el de que también es preciso cotejar los códigos con la Constitución. Incluso, en ocasiones, las soluciones a que se llega a partir del solo código pueden resultar indeseables, y por tanto puede echarse mano de otros materiales. Pero lo cierto es que, sea como fuere, el punto de partida debe ser el texto legal. Para analizar la propuesta del método de interpretación semántica como prevalente *prima facie* frente a otros métodos, puede verse *Idem*, pp. 237-240.

<sup>80</sup> LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO: *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2004, p. 51.

aspira cumplir los objetivos científicos de una teoría local del Derecho”<sup>81</sup>. Y lo propio podría afirmarse de la dogmática. De alguna manera se ha desconocido el hecho, importantísimo y a veces innegable, de que toda ciencia del Derecho –y la dogmática es la parte de ella en la que esto se puede reconocer de la manera menos controvertida- tiene la pretensión de explicar sistemas jurídicos concretos y no sistemas jurídicos abstractos. Ese desconocimiento se puede advertir en una comparación relativamente frugal, pero desde cierto punto bien elocuente, en la dogmática procesal. Mientras que en los centros de producción jurídica (Italia, por ejemplo) un texto se titula *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Según el Nuevo Código*<sup>82</sup>, aquí se titulan *Teoría General del Proceso*<sup>83</sup>.

Incluso en las reflexiones con mayor nivel de abstracción, en esas que en principio se consideran como desprendidas de los Derechos positivos particulares, contingentes, y orientadas a la reflexión del Derecho en cualquier parte, se presenta una inevitable influencia de las particularidades que circundan al estudioso. KELSEN, por ejemplo, refirió en su momento la influencia que sobre la Teoría Pura ejerció la realidad austriaca en su concepción del Estado. Dice, a propósito de la pregunta ¿Qué constituye la *unidad* de la pluralidad de individuos de una comunidad? , que esa *unidad* la constituye el orden jurídico. Intentar proponer una solución metajurídica (sociológica), según KELSEN, sería un fracaso rotundo. Pero, en su autobiografía ha confesado:

“A la vista del Estado austriaco, compuesto de grupos tan distintos por su raza, idioma, religión e historia, las teorías que pretenden fundamentar la unidad del Estado en algún nexo psico-social o biológico-social de los hombres que jurídicamente

---

<sup>81</sup> Idem, p. 51.

<sup>82</sup> CALAMANDREI, PIERO: *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Según el nuevo Código*, Segunda edición, Trad. Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1973.

<sup>83</sup> QUINTERO, BEATRIZ Y EUGENIO PRIETO: *Teoría General del Proceso*, Tercera edición, Bogotá, Temis, 2000. El hecho de que la teoría se estime como “general” da buena cuenta de que lo que se entiende que hace la dogmática, no está específicamente referido a un Derecho positivo *en particular*.

pertenecen al Estado, se muestran claramente como ficciones. En tanto que esta teoría del estado es una parte esencial de la teoría pura del derecho, puede considerarse a la teoría pura como una teoría específicamente austriaca”<sup>84</sup>.

Entonces, aún el propósito de la Teoría Pura de ser “una teoría sobre el derecho positivo en general, y no de una teoría sobre un orden jurídico específico”<sup>85</sup>, termina siendo incumplido. Si, en palabras de KELSEN, la Teoría pura acaba siendo una teoría específicamente austriaca es porque, aún sin advertirlo, la teoría del Derecho (y entiéndase aquí por ella cualquier conjunto de enunciados que pretendan ser explicativos) trata de explicar sistemas jurídicos específicos, está circundado por condiciones específicas de las que es difícil hacer abstracción al momento de teorizar.

Pero, a veces, no logra entenderse que las propuestas provenientes desde occidente, o desde Norteamérica, obedecen a particulares condiciones históricas, culturales del lugar donde se producen<sup>86</sup>. En el caso más claro, las dogmáticas de la Europa continental son dogmáticas referidas al Derecho de los Estados que la conforman, pero no son referidas a un supuesto Derecho del mundo. Los dogmáticos de Europa son ciudadanos de este o aquel país, no ciudadanos del mundo.

Con todo, existen reparos bastante relevantes a lo dicho. HIRSCH, por ejemplo, se pregunta: “¿Existe una ciencia del Derecho penal nacionalmente independiente?”<sup>87</sup>, a lo que responde que sí existe, pero que depende de lo que se

---

<sup>84</sup> HANS KELSEN, citado en ALÁDAR MÉTAL, RUDOLF: *Hans Kelsen. Vida y obra*, Trad. Javier Esquivel, México, UNAM, 1976, p. 49.

<sup>85</sup> KELSEN, HANS: *Teoría pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, 11ª edición, México, Porrúa, 2000, p. 15.

<sup>86</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: “Política y dogmática jurídico penal”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 13, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Diciembre, 2002, pp. 301 y ss.

<sup>87</sup> JOACHIM HIRSCH, HANS: “¿Existe una ciencia del Derecho penal nacionalmente independiente?”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 5, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, pp. 171-187.

esté hablando. En general, HIRSCH entiende que “El positivismo jurídico se considera superado ya desde hace decenios”, y que, aún así, las miradas siguen volcadas a la interpretación del Derecho Nacional vigente y eso sería un error, pues hay ciertos elementos de estudio del Derecho penal, como los conceptos de acción, por ejemplo, y de culpabilidad, que no dependen del Derecho nacional. Y afirma categóricamente: “Las diferencias culturales no ejercen influencia alguna sobre el ámbito del que se ocupa la elaboración científica de las teorías generales del hecho punible”<sup>88</sup>.

Pero, ¿será posible pretender la validez de la teoría del tipo, la teoría de la imputación objetiva, esa misma que afirma que la primera de las condiciones para la imputación objetiva del resultado es “que el autor haya provocado el resultado de modo *causal* por su actuación”<sup>89</sup>, en el Derecho penal de las comunidades indígenas? Ténganse en cuenta, por ejemplo, las sanciones que el sistema jurídico chamí<sup>90</sup> contempla para los *jaibaná* -“especialistas mágico- religiosos de tiempo parcial, poseen poderes shamánicos de comunicación con los espíritus “jái”, dueños de animales, de los cuales se apropian y a través de quienes influyen en los acontecimientos”-. A éstos *jaibaná* se les condena por las muertes o enfermedades que provocan mediante la manipulación de los espíritus “jái”; muertes o enfermedades que se prueban con el relato de los sueños en los que el occiso o el afectado hayan visto al *jaibaná*. Siendo esto así, ¿puede sostenerse la generalidad de la teoría de la imputación objetiva? Sería bien difícil negar la validez de la normativa, ya que constitucional e internacionalmente se protege la diversidad cultural y esta es una clara manifestación de su identidad. Pero, además, ¿puede hablarse allí de causalidad?, ¿es posible decir que el sueño es causa de la muerte? Porque ese es el presupuesto de la falta: no su *causación*

---

<sup>88</sup> Idem, p. 182.

<sup>89</sup> FRISCH, WOLFGANG: *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995, p. 29.

<sup>90</sup> Ver las referencias a conductas punibles similares en el sistema jurídico Tukano en PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR; LUIS JOSÉ AZCÁRATE GARCÍA; e HILDUR ZEA SJOBERG: *Sistemas jurídicos. Tukano, chamí, guambiano Sicuani*, Bogotá, Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000, pp. 145 y 146.

más el sueño, sino el sueño. Entonces, parece que se hace nugatoria la teoría de la imputación objetiva para explicar el Derecho indígena chamí.

Ahora bien: ¿a cuenta de qué viene hablándose de todo esto? Efectivamente, en el ejercicio dogmático que se realiza en nuestro país abundan importantes y serias, meditadas reflexiones sobre nuestro Derecho nacional. Valiosos aportes de orden teórico han sido hechos por cada uno de nuestros tratadistas y autores de manuales de texto, y ello no pretende desconocerse; pero hay asuntos, por más irrelevantes que parezcan, por más pequeños que se muestren, con una importancia para nada despreciable y que son, empero, enfrentados de manera insatisfactoria por la doctrina nacional.

En el caso del estado de necesidad puede advertirse que un estudio más reflexivo sobre la mejor forma de aproximarse al Derecho contribuye a solucionar de manera menos conflictiva las disputas interpretativas. Esa reflexión parte de una idea básica e imprescindible: *la incuestionable relevancia que debe tener el texto legal sobre los estudios dogmáticos*.

Por supuesto que una idea como esa, básica según se dijo, se presta para malos entendidos. Pero siempre es posible evitarlos, cuando menos, en cierta medida. Evitarlos afirmando que no porque un texto legal disponga sobre un asunto una solución X debemos aceptarla de manera resignada o adherirnos a ella sin reparos de orden político o moral. Tampoco significa que del texto legal se desprenda una interpretación única, verdadera, contra la cual no podría oponerse otra más, o que todo lo que pueda decirse acerca, por ejemplo, del estado de necesidad esté contenido en *un solo* artículo de la codificación. Mucho menos quiere decir que en esa propuesta esté envuelta otra, más arriesgada y comprometida, como podría ser la de que esa manera de aproximación es más justa que cualquiera otra, porque si bien es cierto que tras la observancia del texto legal está, de suyo, un respeto por la legitimidad democrática del legislador, un

respeto de la voluntad mayoritaria, también lo es que a veces las propuestas de aplicación que optan por otros cánones de interpretación se sustentan en garantías principios liberales. Esto es así, porque muchas veces las decisiones democráticas contrarían principios liberales. Y es que, como se sabe casi desde el surgimiento de los Estados demoliberales, la democracia y el liberalismo han estado en una relación conflictiva, que BOBBIO caracteriza como *nec cum te nec sine te*<sup>91</sup>, esto es, ni contigo ni sin ti, y en la cual se precisa un equilibrio adecuado para optimizar tanto los principios liberales como los valores democráticos. Ese equilibrio puede darse proponiendo, como se propone en este trabajo, la interpretación *del texto legal* que sea más conforme con los principios liberales.

Pero, en definitiva, proponer, como se ha hecho, que un dato indispensable en el razonamiento del dogmático sea el texto legal tiene principalmente la pretensión de encontrar un punto de convergencia, un punto en común de todos los estudiosos. Si es cierto que una finalidad legítima de los discursos jurídico-penales es la de garantizar, aunque sea, una “aplicación segura y calculable del Derecho penal”<sup>92</sup>, según la feliz formulación de GIMBERNAT, una mínima certidumbre sobre las consecuencias que se siguen normativamente de los comportamientos de los particulares, entonces una manera idónea de lograr ese cometido es *partiendo* de un mismo punto: el texto legal. Pero si lo que encontramos en el Derecho nos parece moralmente inícuo, políticamente inconveniente o técnicamente deficiente, será posible ejercer la crítica y proponer el cambio; no lo será desconocer el Derecho.

Con todo, ya se ha sugerido que en Colombia los presupuestos metodológicos muchas veces avalan el desconocimiento del texto legal, y permiten asumirlo simplemente como un argumento más dentro de la cadena de razones, y *no se le*

---

<sup>91</sup> BOBBIO, NORBERTO: *Liberalismo y Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 103.

<sup>92</sup> GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, Tercera Edición, Madrid, Tecnos, 1990, p. 158.

*da un peso superior*, como debería ser. Si se toma la regulación actual del estado de necesidad, puede advertirse que, respecto de ciertos elementos de la figura, las discusiones tienen lugar debido a la manera de entender las tareas de la dogmática; debido, específicamente, a la consideración implícita de que existen conceptos generales –transnacionales- independientes del Derecho nacional. Por eso, allí donde el texto legal, por ejemplo, se muestra oscuro, diferente al de los países donde se produce la más refinada teoría del delito, o donde las soluciones aparecen incorrectas, las naturalezas esenciales pretenden zanjar de una vez las problemáticas.

Tómese de nuevo, entonces, el estado de necesidad según es definido por el Derecho vigente. El artículo 32 establece: “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...) 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”. A continuación tratará de elucidarse el concepto, entendiendo que el paso primordial es considerar las definiciones legales del estado de necesidad

### **3. ESTADO DE NECESIDAD. A PROPÓSITO DEL HURTO FAMILICO**

Quizás antes de analizar cada uno de los requisitos de la causal, puede hacerse una consideración general acerca de los métodos de definición empleados por la doctrina nacional. En la literatura jurídico penal que se produce en Colombia, una metodología recurrente es la siguiente: si bien se reconoce en los manuales - ya entrando concretamente al tema del trabajo- que es el artículo 32 # 7 del Código Penal el que consagra el estado de necesidad (o antes del actual, que eran los artículos 25 y 29), a continuación se exponen los conceptos de estado de necesidad que dan autores alemanes, españoles, italianos, argentinos, mexicanos

e incluso, a veces, colombianos, y aunque existan términos, condiciones adicionales en estos, que no consagra nuestra ley, o viceversa, se asume que existe entre todos esos conceptos (el de la ley y el de los dogmáticos extranjeros), una naturaleza esencial que es lo que se puede llamar estado de necesidad.

MONROY VICTORIA, por ejemplo, comienza a estudiar el estado de necesidad de la actual codificación con estas palabras: “se define por *la doctrina* como una situación de peligro que obliga a que el sujeto tienda a proteger los bienes jurídicos, pues la actualidad de la situación lo hace actuar para evitar el daño o lesión”<sup>93</sup> (Subrayas añadidas), sin embargo, la metodología empleada parece no ser la más conveniente. Aparte de que la definición dada por él es extraída, según sus propias palabras, de la doctrina, parece que la doctrina versa sobre un Derecho positivo. Y aún si no fuera así –si no fuera una doctrina sobre un derecho positivo- es inadecuada, por lo menos, esa manera de definir el estado de necesidad, toda vez que no enuncia dos de los elementos que exige la ley: que sólo se puede invocar el estado de necesidad si no se tiene la obligación jurídica de afrontar el peligro, y que no haya sido dicho peligro causado intencional o imprudentemente por el sujeto. Así las cosas, la labor doctrinal se vuelve disfuncional; en lugar de aclarar o de explicitar de manera más clara, más desarrollada las exigencias legales, termina pretermitiéndolas, oscureciéndolas, como si no existieran. Ciertamente es que no siempre que vaya a hablarse del estado de necesidad deban enunciarse *todos* los requisitos legales, pero sí debería ser una condición indispensable cuando el propósito del expositor sea justamente definirlo.

También, en una obra tan valiosa como la de GÓMEZ LÓPEZ, puede encontrarse una forma similar de proceder. Aunque como epígrafe del capítulo correspondiente al estado de necesidad se cita el artículo del Código Penal, enseguida se apresta a no darle la suficiente importancia, pues dice: “El estado de necesidad es una

---

<sup>93</sup> MONROY VICTORIA, WILLIAM: “Causales de exclusión de la antijuridicidad”, en AAVV: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 331.



situación de peligro *grave* y actual para un bien jurídico propio o ajeno, el cual sólo es posible salvar mediante la lesión típica de bienes jurídicos protegidos de un tercero”<sup>94</sup>. Y “también se define como un estado de peligro actual para *intereses legítimos* que únicamente puede conjurarse mediante la lesión de bienes menos valiosos de otra persona”<sup>95</sup>. Incluso, con mayor énfasis: “La verdadera esencia del estado de necesidad consiste en que ante la inminencia de un peligro que amenaza causar daño grave a un bien propio o ajeno, se hace inevitable realizar conducta típica, presentándose una verdadera colisión de bienes, deberes, o colisión de derechos y deberes, situación en la cual se sacrifica un extremo para salvar el otro”<sup>96</sup>. Pero, con un poco más de detenimiento, es legítimo preguntarse: ¿Dice la ley algo sobre la *gravedad* del peligro?, ¿dará lo mismo hablar de “bienes jurídicos” que de “intereses legítimos” y que de “derechos”?, ¿No es también un elemento *esencial* del estado de necesidad, en nuestro Derecho, el de no tener la obligación jurídica de afrontar el peligro? Se puede ver que una metodología que se aleja del Derecho produce más confusiones y oscurece más la temática. Muchas otras preguntas podrían formularse a esos conceptos, que parecen tomar la ley como un referente más dentro de otros con *igual* importancia; de allí que en el texto que se comenta la definición legal sea fácilmente reemplazable por otras, sugeridas por el autor, en la que se introducen *nuevas* exigencias y se omiten otras. Ciertamente, sería exagerado pensar que la letra de la ley no ocasiona malos entendidos y disputas, que el texto legal está horro de oscuridades, porque no es así<sup>97</sup>. Hay oscuridades, como en todo lenguaje; pero esas oscuridades son dificultades menores, comparadas con las que se derivan de las inasibles esencias conceptuales.

---

<sup>94</sup> GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: *Teoría del delito*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003, p. 631. (Subrayas añadidas)

<sup>95</sup> *Idem*, p. 631. (Subrayas añadidas)

<sup>96</sup> *Idem*, p. 632.

<sup>97</sup> Para ver las dificultades que presenta el lenguaje legal, puede verse a CARRIÓ, GENARO R.: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Cuarta edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, pp. 17-91.

Por eso insistir en que el texto legal debe ser el principal referente del estudioso no aparece como una sugerencia exagerada, ni mucho menos anticuada. En efecto, no consiste en otra cosa que en aceptar como condición primera, indispensable para cualquier elucidación de un concepto jurídico como el estado de necesidad, regulado por el legislador, la de atender, precisamente, a la regulación legal. Entonces así tratará de hacerse enseguida.

La legislación colombiana exige que concurren cinco condiciones para poder invocar el estado de necesidad: **(i)** la existencia de un peligro actual o inminente; **(ii)** para un derecho propio o ajeno; **(iii)** r inevitable de otra manera; **(iv)** que no haya sido ocasionado intencionalmente o por imprudencia; **(v)** quien lo invoca no debe tener la obligación jurídica de afrontar el peligro; y **(vi)** debe ocasionarse un mal menor (y el comportamiento estaría justificado) o equivalente (y el agente sería disculpado) al que se trata de evitar<sup>98</sup>.

**(i) Peligro actual o inminente.** La necesidad en el “estado de necesidad” es precisamente la que se presenta cuando hay un peligro actual o inminente para un derecho propio o ajeno. Es decir, cuando se enuncia: “La situación de necesidad puede provenir de propias funciones fisiológicas como hambre”<sup>99</sup>, no se hace otra cosa que afirmar: la situación de necesidad es un peligro para el derecho a la nutrición adecuada<sup>100</sup>. Si la ley dice expresamente que hay estado de necesidad cuando “Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente”, entonces es porque ninguna otra situación de necesidad puede tener lugar en el estado de necesidad. Por tanto, no se habla de

---

<sup>98</sup> No es esta una exigencia que expresamente establezca la ley colombiana. Sin embargo, parece que es posible dar argumentos (interpretativos, desde luego) para fundamentar esa exigencia, de todo lo cual se hablará más adelante.

<sup>99</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALEJANDRO ALAGIA; y, ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 605.

<sup>100</sup> Por eso dicen JESCHECK y WEIGEND que “La situación de necesidad consiste en un riesgo actual para la vida, el cuerpo, la libertad, el honor, la propiedad (...)”. Véase, JESCHECK, HANS HEINRICH y THOMAS WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Quinta edición, Granada, Comares, 2002, p. 387.

la necesidad de protegerse de un peligro remoto, o de un peligro sobre cualquier clase de bien (estatal, por ejemplo, según tratará de señalarse).

Ahora bien: algunas veces la doctrina entiende que el estado de necesidad no tiene cabida sino frente a peligros actuales o inminentes, que además deben ser *graves*. Siendo que ésta no es una exigencia establecida directamente por el código, vale la pena tratar la discusión con mayor detenimiento.

El Código de 1936, si bien se recuerda, prescribía en el artículo 25: “El hecho se justifica: (...) 3º 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”. Pero ya desde el Código de 1980 se suprimió esa exigencia de gravedad. Así lo comprendieron, entre otros, el comisionado ROMERO SOTO en 1974 cuando expuso los cambios legislativos propuestos a las causales de justificación<sup>101</sup>, REYES ECHANDÍA<sup>102</sup>, LUIS CARLOS PÉREZ<sup>103</sup> y FERNÁNDEZ CARRASQUILLA<sup>104</sup>, pero contra su opinión había otras, como las de VARGAS VARGAS<sup>105</sup> y VÍCTOR L. MENDOZA<sup>106</sup>, que sostenían la gravedad del peligro como una exigencia legal.

En vigencia ya del Código Penal de 2000 también existen quienes entienden que el peligro no requiere ser grave para poderse rechazar, como ocurre, entre otros, con VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ<sup>107</sup>; y quienes, como GÓMEZ LÓPEZ<sup>108</sup>, por el

---

<sup>101</sup> GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS: *Actas del Nuevo Código penal Colombiano. Parte general*, Vol. I, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1980, p. 206.

<sup>102</sup> REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal. Parte general*, Séptima edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980, p. 246.

<sup>103</sup> PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal*, Tomo I, Segunda edición, Bogotá, Temis, 1987, p. 428.

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, Tomo II, Bogotá, Temis, 1998, p. 352.

<sup>105</sup> VARGAS VARGAS, PEDRO: *Derecho penal general. Objeciones jurídico-gramaticales al Código penal colombiano*, Bogotá. Librería El Foro de la Justicia, 1985, p. 177.

<sup>106</sup> MENDOZA, VÍCTOR LEÓN: *Derecho penal general*, Tercera edición, Bogotá, Temis, 1991, p. 150.

<sup>107</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Ob.*, cit. p. 380.

contrario, sugieren que pese a no estar explícitamente exigido por la ley penal, es posible entender que no puede haber estado de necesidad si el peligro es leve.

En efecto, desde el comienzo de la explicación del concepto de estado de necesidad, las definiciones de GÓMEZ LÓPEZ comprenden un peligro que debe ser *grave* para poderse proteger de él mediante estado de necesidad. Es así que define: “La verdadera esencia del estado de necesidad consiste en que ante la inminencia de un peligro que amenaza causar daño grave a un bien propio o ajeno, se hace inevitable realizar conducta típica, presentándose una verdadera colisión de bienes, deberes, o colisión de derechos y deberes, situación en la cual se sacrifica un extremo para salvar el otro”<sup>109</sup>.

El asunto no es intrascendente, porque se tiene la idea de que la exigencia de gravedad puede, eventualmente, llegar a hacer mella en la posibilidad de amparar el derecho a la alimentación mediante estado de necesidad. ¿Por qué? Ciertamente, es dable pensar que la gravedad depende del objeto sobre el que amenaza el peligro. Por ejemplo: será un peligro grave para una mosca el que yo dirija mi palmada en su dirección para aplastarla. Sin embargo, ¿podría decirse que es grave el peligro de aplastar una mosca? Es decir, las consideraciones varían si la gravedad está referida al objeto, o si es una gravedad vista en abstracto. Si se considera, como puede ser, que el peligro debe ser grave, a secas, en abstracto, entonces cuando él amenaza un derecho como el que se tiene a la alimentación se estaría en condiciones de *poner en duda* si eso realmente es un peligro grave o no; lo que seguramente no ocurriría si la gravedad del peligro estuviera referida a un objeto concreto –que en este caso sería un peligro grave para el derecho a la alimentación-. Toda la cual problemática se zanja de inmediato si se admite que el peligro *no* debe ser grave, y que, por tanto, es posible actuar en estado de necesidad para protegerse de un peligro leve.

---

<sup>108</sup> GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: Ob., cit, pp. 632 y ss.

<sup>109</sup> Idem, p. 632.

Entonces, se tiene al frente un problema con repercusiones prácticas serias, como son todas las que se siguen de una interpretación del Derecho penal. Pero ya se ha visto que el artículo 32 # 7 no exige la gravedad; *o por lo menos no lo hace de manera explícita*. ¿Cómo fundamentar esa exigencia? En el texto de GÓMEZ LÓPEZ es así como se argumenta:

“El código colombiano no hace referencia expresa a que el daño causado sea menor que el evitado, pero la ley con buen criterio se refiere a la necesidad de salvar el bien de un peligro “grave”<sup>110</sup>.

Es decir, cuando el tratadista intenta fundamentar la proporcionalidad acude a la exigencia de gravedad. Un tanto oscuro resulta el razonamiento. Pero, si se ve bien que, por lo menos de forma explícita, el código no hace referencia alguna a la gravedad del peligro, ¿cómo puede concluirse lo contrario? Entonces el autor pretende ahora fundamentar la gravedad, y así lo dice a pie de página:

“El código colombiano de 2000 por el contrario *omitió hacer referencia a la gravedad del peligro que se evita* (art. 32, N° 3) (Sic) omisión que es necesario corregir por vía de interpretación al considerar el exceso en las causas de justificación, con lo cual debe entender al menos que un daño mayor que el evitado podría ser excesivo y por lo mismo punible”<sup>111</sup>.

Entiende el autor que del exceso, regulado en el inciso 2º del numeral 7, artículo 32, puede desprenderse la exigencia de proporcionalidad, porque un daño mayor que el evitado podría ser excesivo. Sin detenerse aquí a analizar este argumento por separado, parece que cuando se toman los apartados antes transcritos se advierte que al querer fundamentar la proporcionalidad (no

---

<sup>110</sup> Idem, p. 639.

<sup>111</sup> Idem, p. 639.

expresa) acude a la gravedad (tampoco expresa). Y, de la misma manera, al tratar de fundamentar la gravedad –no expresa- acude a la proporcionalidad –tampoco expresa-, que se extrae a su vez de la cláusula del exceso. Pero incluso si se tomara este último argumento, habría una dificultad insuperable para sostener la validez de la propuesta interpretativa. Porque deducir la proporcionalidad del inciso del exceso presupone específicamente la conclusión a que se quiere llegar: que uno de los límites de la causal sea la *proporcionalidad* de los daños, para que la *desproporción* pueda considerarse excesiva. Es que la expresión “El que exceda los límites propios” está referida a los numerales, y si en los numerales no está ese límite, la fundamentación, tanto de la proporcionalidad como de la gravedad, termina siendo circular. La una se fundamenta en la otra y al contrario, como si en un apartado del texto se apoyaran, cuando ninguna de las dos exigencias aparece de forma explícita en la ley.

En realidad, no se dan suficientes argumentos para fundamentar la interpretación. Y no es que sólo en las palabras de la causal pueda fundamentarse la exigencia, sino que debe darse un por qué a la misma, so pena de estar desprovista de cualquier sustento que permita considerar a la suya como una aseveración válida. De hecho, si la pretensión, legítima desde todo punto de vista, del comentarista es la de encontrar una fundamentación para que sólo se justifiquen los comportamientos necesarios que ocasionen un mal menor que el que se evita, entonces esa no parece ser la vía. Si hay o no otras vías, es algo que se verá más adelante. Pero aseverar, como lo ha hecho, que la ley exige “gravedad” en el peligro, además de oscuro, es incorrecto si no se dan más argumentos que sustenten la aseveración. Habría qué ver en qué medida una interpretación que no tenga por fundamento el Derecho colombiano es capaz de satisfacer, así sea en una medida mínima, el principio de legalidad penal, y en qué medida puede afectar

los intereses de los ajusticiados el que encuentren una interpretación para la que los argumentos resultan escasos<sup>112</sup>.

Con todo, una precisión no está de más. La gravedad del peligro es un elemento a considerar, pero no para los efectos de establecer si se dan las condiciones de la causal de ausencia de responsabilidad, sino para el hacer la ponderación entre males de que más adelante se tratará<sup>113</sup>.

Pero la referida a la gravedad no es la única cuestión problemática. Efectivamente, ¿cómo valorar el peligro? Sobre esto nada dice el Derecho. La doctrina acuerda, por lo general, en que el peligro ha de ser valorado desde una perspectiva *ex ante*<sup>114</sup>, es decir, considerado antes del hecho salvador y con la pretensión de establecer la realidad del peligro, razón por la cual se exige una consideración objetiva (no bastando, por tanto, con apreciaciones subjetivas del titular de los derechos). Aunque, para los efectos de analizar si hay un peligro para el derecho a una nutrición adecuada es bastante difícil exigir que el sujeto conozca cuáles son las condiciones nutricionales que permiten concluir en un determinado caso que hay una nutrición inadecuada. Por tanto, debería bastar con una situación de hambre prolongada –y no es posible establecer ese criterios en términos exactos- que acarree una sensible pérdida de energías, para lo cual es difícil prescindir de la perspectiva de quien actúa en estado de necesidad<sup>115</sup>, porque ¿cómo más puede enjuiciarse si existe dicho peligro, siendo que los padecimientos del hambre son íntimos? Son, por tanto, preguntas importantes a considerarse, que no pueden tratarse a profundidad en esta investigación.

---

<sup>112</sup> Además de estas consideraciones, cabe señalar las que, por su parte, formula Claus Roxin acerca de la inconveniencia de exigir gravedad en el peligro. Véase, ROXIN, CLAUS: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997, p. 677.

<sup>113</sup> ROXIN, CLAUS: Ob., cit, p. 677.

<sup>114</sup> En nuestro país, así lo entienden SALAZAR MARÍN, MARIO: *Teoría del delito*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2007, p. 585; y VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: Ob., cit, p. 377.

<sup>115</sup> Entiende ROXIN que si algún acuerdo existe entre los teóricos acerca de los requisitos para valorar el peligro, este es que “la concurrencia de peligro no se puede enjuiciar de modo puramente subjetivo”. ROXIN, CLAUS: Ob., cit, p. 677. Pero el hambre parece una circunstancia valorable sólo desde el punto de vista de quien lo padece.

Finalmente, ¿por qué debe ser actual o inminente el peligro? Esta es una pregunta pocas veces formulada, lo que se debe tal vez a la poca atención prestada a la legislación colombiana. Porque si se vuelve la mirada hacia las regulaciones española y alemana, ninguna de las dos exige inminencia del peligro, y aquella no exige tampoco actualidad. LUZÓN PEÑA, por ejemplo, dice, a propósito: “El mal no necesita ser inminente, sino que basta con un peligro futuro, pero que haga precisa ya la intervención”<sup>116</sup>. Entonces es poco lo que aportan las teorías “transnacionales” al entendimiento del estado de necesidad, cuando ellas no tienen en consideración un elemento tan importante.

Como tratará de sugerirse, si se exige un peligro actual o inminente eso obedece a que frente a los demás peligros –pretéritos, futuros, remotos- la prohibición de la autodefensa es operativa y legítima, toda vez que puede llegarse a encontrar medios menos lesivos de otros bienes jurídicos que la violencia privada, como sería acudir a las autoridades legítimamente constituidas. Si el estado de necesidad (como ejercicio de autodefensa) tiene algún fundamento, ese es que hay lugar a ella sólo en aquellos casos en que las autoridades del Estado no garanticen una intervención oportuna en el conflicto, vale decir, como cuando el peligro es actual o inminente.

(ii) **Para proteger un derecho propio o ajeno.** A diferencia de otras legislaciones, que se refieren a bienes jurídicos o a intereses, la colombiana habla de “derechos”. A decir verdad, no se repara mucho en esta diferencia, a simple vista tan arbitraria, pero tan relevante según se pretende exponer.

En la doctrina penal, es muy frecuente intercambiar, aparentemente sin pérdida, los vocablos derecho y bien jurídico. Y la verdad es que cuando se

---

<sup>116</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: “Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo”, en *Enciclopedia Básica Penal*, Granada, Comares, 2002, pp. 673 y 674.



prohíbe cometer homicidios no hay ninguna diferencia entre decir que se está protegiendo la vida a decir que se está protegiendo el derecho a la vida. Sin embargo, cuando tenemos un bien del Estado, sobre el que no el que no hay derecho, ¿se estaría en condiciones de intercambiar los vocablos? Esta pregunta, desde luego, podría tratar de responderse para responder a otra pregunta más general: ¿existe alguna diferencia entre decir que mediante el estado de necesidad se protegen bienes a decir que son derechos los que se protegen?

También en este punto hacer un poco de historia puede ser conveniente. Si se recuerda bien, la historia doctrinal colombiana, en lo que atañe al estado de necesidad, ha sido más o menos homogénea. Vale decir, los cambios que se han producido en la literalidad de la ley producen cambios apenas perceptibles en los manuales de texto. Así, aunque en el Código de 1936 se hablara de un peligro que debía recaer sobre la *persona*, algunos entendieron que era posible que ese término se utilizara también para proteger bienes materiales, como la propiedad; y aún más, algunas veces se estimaba que podían protegerse bienes del Estado. Decía ALDANA ROZO:

“consideramos, con quienes dan un amplio sentido a la expresión *persona* que utiliza nuestra ley, que ella comprende no solo la integridad biosíquica del individuo, o ésta y los llamados derechos personalísimos, sino la *persona stricto sensu* y toda la suma de derechos que a ésta corresponden y que la vida merezca ser vivida. Es más, creemos que también pueden ser salvados bienes que pertenezcan a personas jurídicas y *con mayor razón al Estado*. *Saber cita como ejemplo, entre otros, la conjuración de los generales contra Hitler, en julio de 1944.*” (Subrayas añadidas)<sup>117</sup>.

---

<sup>117</sup> ALDANA ROZO, LUIS ENRIQUE: “Algunos aspectos del estado de necesidad”, en AAVV: *Las causales de justificación en la doctrina y en la legislación penal colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, p. 90.

El término “persona” no fue obstáculo para que se admitiera la protección de bienes del Estado mediante estado de necesidad. Por eso mismo no hay cambios relevantes en los manuales una vez se introduce el cambio legislativo en el código penal de 1980, en el que se habla, no ya de la persona, sino de los *derechos*. Y aunque se hable de derechos y no simplemente de *bienes* se sigue sosteniendo aquello de que los bienes del Estado pueden protegerse, e invocarse el estado de necesidad. En apoyo de estas soluciones se suelen citar teóricos, por lo general, europeos, aunque también argentinos o mexicanos, que exponen una Teoría General del Derecho difícilmente válida para explicar el Derecho nacional si no se expone una argumentación mucho mejor sustentada. Por eso mismo, la manera adecuada que encontraba ESTRADA VÉLEZ para cobijar la posibilidad de invocar el estado de necesidad aun cuando el peligro versara sobre bienes patrimoniales, era la de decir que la norma colombiana desvirtuaba “la esencia de la institución”<sup>118</sup>, y la esencia de la institución no es otra cosa que los conceptos prefigurados por una supuesta Teoría General del Delito.

Pero lo que importa tratar ahora es el problema de si mediante el estado de necesidad, en la legislación actual –en lo que importa igual a la codificación anterior-, pueden protegerse bienes en general o sólo derechos, para lo cual se razona a partir de una pregunta concreta como es la de si pueden protegerse bienes del Estado, aunque la ley diga que son derechos los que pueden protegerse. Pues bien: si como se dirá extensamente, el estado de necesidad es una institución tan excepcional, en la que el Estado se desprende normativamente del monopolio de la fuerza (descentraliza el ejercicio de la fuerza), como quiera que reconoce intersticios en los cuales se hace precisa la violencia entre particulares; conflictos que exigen acciones salvadoras tan rápidas, tan inmediatas, que la intervención estatal resultaría demasiado tardía, demasiado lejana, entonces habría qué cuestionarse seriamente si ese es o “debería ser” un mecanismo de protección de algo que *no* sean los derechos subjetivos.

---

<sup>118</sup> ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Manual de Derecho penal*, Medellín, Salamea, 1972, pp. 122 y 123.

Para VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, por ejemplo, de la terminología legislativa “proteger un derecho propio o ajeno” se “desprende que el titular del bien jurídico o derecho amenazado, puede ser cualquier persona, natural o jurídica, incluso el mismo Estado, entendido como órgano del poder soberano o la sociedad”<sup>119</sup>. GÓMEZ LÓPEZ opina lo propio, pues afirma: “Los bienes que pueden protegerse en estado de necesidad pueden ser individuales, sociales, colectivos o supra-individuales o del Estado, con tal que se trate de bienes legítimos, así por ejemplo puede obrarse en estado de necesidad para conjurar el peligro surgido de una alta traición al Estado o a la nación”<sup>120</sup>. Desde luego, la pregunta devendría superflua si se admitiera que allí donde se protege al Estado están siendo protegidos derechos colectivos, como la paz, por ejemplo, o el orden justo. Pero si, según algunos expositores, puede protegerse *cualquier bien*, entonces, ¿podrían protegerse también bienes como la unidad nacional o incluso los símbolos patrios<sup>121</sup>? Parece que si se toma en serio el término “derecho” que consagra la codificación colombiana, y hechas a partir de él las consideraciones de fundamento ya expuestas brevemente, una interpretación como la citada por los autores mencionados parece no tener sustento, pues para la protección de los bienes del Estado se tendría a la fuerza pública (y no a todos los habitantes, fungiendo de sucedáneos de aquella). Por lo demás, siendo que en España no se refiere la legislación específicamente al vocablo “derecho”, el propio Luzón Peña ha puesto de presente las dificultades con que se tropieza la tesis de puede salvarse también al Estado mediante estado de necesidad. Así, dice:

“la admisibilidad del ese necesidad para *salvar intereses comunitarios*, o del Estado, que es defendida por un sector, tropieza

---

<sup>119</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 2002, p. 377.

<sup>120</sup> GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: ob., cit, p. 642.

<sup>121</sup> Aunque, como es costumbre, esta clase de bienes son rechazados como objetos de protección, acudiendo a los expedientes de la falta de materialidad del bien jurídico, o al grado de abstracción de los mismos, etcétera. Esos razonamientos problemáticos y discutibles pueden acotarse más si se entiende que sólo pueden protegerse derechos.

con obstáculos similares a los de la legítima defensa en cuanto a la idoneidad o no de la acción salvadora o a la existencia de una auténtica situación de necesidad, más la compatibilidad o no con la exigencia de subsidiariedad del estado de necesidad”<sup>122</sup>

Al contrario de lo que se produce en nuestro medio, en los países de la más fuerte tradición dogmática, como Alemania, los términos, los vocablos, no pasan desapercibidos. Un cambio terminológico puede dar lugar a un cambio doctrinal. Mientras que en Colombia un Manual puede –como ocurre con el de GÓMEZ LÓPEZ- afirmar que el estado de necesidad protege bienes jurídicos o que protege intereses y en ello no se hace ninguna distinción que parezca relevante, en Alemania en cambio ha sido precisamente ese cambio – de “bienes” a “intereses”- lo que ha dado lugar a la teoría de la ponderación de intereses y no de bienes<sup>123</sup>. ¿A qué pueda deberse eso? Es una pregunta que ha tratado de responderse atribuyéndolo a la creencia de que existe una Teoría Transnacional del Derecho penal. Porque si se mira la legislación alemana, los cambios teóricos obedecen a cambios legislativos, ya que el Código Alemán asume una diferencia conceptual entre ambos términos, al prescribir, en el Parágrafo 34, que obra en estado de necesidad justificante “Quien estando en una situación de peligro actual para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad u otro *bien jurídico* y no pudiendo conjurar el peligro de otra manera, cometa el hecho punible con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no actúa antijurídicamente si de la ponderación de *intereses* en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados, y de su grado de peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados (...)”<sup>124</sup>.

---

<sup>122</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: Ob., cit, p. 675.

<sup>123</sup> Para la exposición de este dilema -¿Ponderación de bienes o ponderación de intereses?- puede verse ROXIN, CLAUS: Ob., cit, pp. 682-687.

<sup>124</sup> LÓPEZ, CLAUDIA (Trad.): *Código Penal Alemán*, Bogotá Universidad Externado de Colombia, 1999.

Se ve, pues, que en la codificación alemana hay una diferencia entre *bienes jurídicos* e *intereses*, habida cuenta de que la ponderación de intereses no se agota en una ponderación abstracta de bienes jurídicos, sino que en ella debe tenerse en cuenta, también, el grado de peligro amenazante; y la doctrina y la jurisprudencia han agregado la probabilidad de producción del daño, entre otros requisitos<sup>125</sup>. Esa interpretación cuidadosa, por supuesto, tendrá repercusiones en la práctica para nada desdeñables, porque bien puede darse el caso que abstractamente los bienes se ponderen y uno prevalezca en importancia sobre el otro, pero si finalmente el peligro amenazante era mínimo y mínima era también la probabilidad de daño en ese bien, entonces el resultado de la ponderación de intereses puede ser distinto al resultado de la ponderación abstracta de bienes. Se podría, por ejemplo, citar el caso mencionado por ROXIN, de quien priva a otro de la libertad por corto tiempo para evitar un daño patrimonial. En este caso sería posible invocar el estado de necesidad justificante, sin perjuicio de que la libertad sea en abstracto más valiosa que la propiedad<sup>126</sup>.

Aunque en Colombia, cuando se ha tratado de exponer el Derecho alemán, parece no haberse advertido la diferencia legislativa. ESTRADA VÉLEZ, por ejemplo, no se refiere a la prevalencia de un interés, sino a prevalencia de un bien sobre otro: “La tesis dominante, de origen alemán, es la de la diferenciación, conforme a la cual cuando los bienes en conflicto son de igual valor la acción sigue siendo típica y antijurídica, y el estado de necesidad excluye la culpabilidad en virtud del fenómeno de la coacción o de un trastorno mental. En cambio, cuando se sacrifica un bien de menor valor al tutelado, opera como justificante, es decir, en el ámbito de la antijuridicidad”<sup>127</sup>. Pero es justo decir que, también en España, LUZÓN PEÑA advierte esa misma confusión: “aunque en España se suele considerar simplídicamente que es causa de justificación en caso de conflicto entre bienes o

---

<sup>125</sup> JESCHECK, HANS HEINRICH y THOMAS WEIGEND: Ob., cit, p. 388.

<sup>126</sup> Idem, p. 685.

<sup>127</sup> ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Derecho penal. Parte general*, Segunda edición, Bogotá, Temis, 1986, pp. 215 y 216.

intereses desiguales, y causa de exculpación en el de bienes o intereses iguales, la doctrina alemana distingue – y así lo ha recogido su CP- la salvaguardia de intereses (concepto más amplio que el de bienes) propios o ajenos claramente preponderantes sobre otros en conflicto como causa de justificación, y salvaguardia de intereses *propios* y fundamentales, como vida, integridad y libertad, frente a otros iguales o incluso superiores (pues no hay limitación) como causa de exculpación”<sup>128</sup>.

Y todo lo anterior para arribar a un problema, conectado esta vez directamente con el tema de este trabajo, pues si se ha dicho que no es igual hablar de proteger un “bien jurídico” que de proteger un “interés” o que de hacerlo frente a un “derecho”, cuando una persona hurta para satisfacer una necesidad alimentaria, cuando hurta por un hambre que no compromete la subsistencia de quien hurta, ¿puede decirse que se protege algún bien jurídico?, ¿la alimentación es un bien jurídico? ¿puede cometerse un estado de necesidad para satisfacer el hambre?

Antes de aventurarse a responder estas preguntas es posible allanar el camino señalando algunos aspectos obvios, porque es bien sabido que se justifica hurtar para salvar la vida; es decir, hurtar para calmar el hambre rayana en la inanición. También para calmar el hambre que amenaza ruina a la integridad corporal. Esos - podría decirse- son casos fáciles, pero ¿puede invocarse el estado de necesidad para satisfacer el hambre? Es una pregunta por las consecuencias normativas del comportamiento necesitado. Si la respuesta fuera afirmativa, y se estimara que el estado de necesidad protege bienes jurídicos, entonces sería difícil, siquiera, darle un nombre a ese bien jurídico. Porque no se protege, en rigor, el hambre. Entonces ¿qué se protege?, ¿la alimentación adecuada? Una alimentación adecuada es un estado valioso, sobre el que pueden darse argumentos para exigir protección. Pero tal parece que esa vía argumentativa puede ahorrarse fácilmente

---

<sup>128</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: Ob., cit, p. 672.

si entendemos que no hay necesidad de fundamentar nada allí donde existe un derecho subjetivo.

Por tanto, habría de recordarse que el derecho a una alimentación adecuada es un derecho humano y ha sido consagrado en diferentes instrumentos internacionales ratificados por Colombia. Por una parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece: Artículo 11 “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso *alimentación*, vestido y vivienda *adecuados*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia” (Subrayas añadidas). El mismo artículo, en el numeral 2, reconoce “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”.

En igual sentido, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o “Protocolo de San Salvador”, establece, en el artículo 12, el “Derecho a la alimentación”, y dice: “1. Toda persona tiene derecho a una *nutrición adecuada* que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual” (Subrayas añadidas).

También la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el artículo 25, preceptúa: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la *alimentación*, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales *necesarios*” (Subrayas añadidas).

Incluso, en la “Declaración de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación: *cinco años después*”, se reafirma “el derecho de toda persona a tener acceso a *alimentos sanos y nutritivos*” (Subrayas añadidas).

Entonces eso puede significar un cambio en el abordaje de la problemática. Además porque los “derechos”, subjetivos en general, y especialmente los derechos humanos, tienen una relevante connotación normativa-jurídica, en el sentido de implicar o de significar para los Estados un compromiso de protección. Lo que no ocurre de igual manera con los “bienes” o con los “intereses”, que si bien pueden tener un cierto sentido normativo, en todo caso no es jurídico en tanto el Derecho no los adopte como objetos de protección. Ha dicho certeramente LAPORTA que los *derechos* “se entienden mejor cuando se les concibe como el *título* que subyace a todas esas técnicas de protección y a otras más; es decir, cuando se les concibe como la puesta en marcha de tales técnicas. Sugiero que cuando usamos la noción de “derecho” no estamos haciendo referencia a ciertas normas primarias o secundarias de un cierto sistema, sino a la razón que se presenta como justificación de la existencia de tales normas”<sup>129</sup>. El derecho a la alimentación sería la razón para que en los casos de necesidad en que alguien se apodere de un bien mueble para calmar el hambre, se considere a ese como un comportamiento justificado, o en todo caso exento de penalidad, pues actuar en estado de necesidad fue la técnica última, extrema de protección del derecho.

Además es conveniente insistir en que el énfasis en los derechos como objetos de protección puede acarrear importantes consecuencias. En primer término, la ponderación abstracta de bienes puede resultar, a veces, fácil de realizar cuando entran en conflicto derechos no fundamentales con derechos fundamentales, como puede ser el caso de un derecho patrimonial y un derecho fundamental. En segundo lugar, significa un cambio en los supuestos que abarca el hurto famélico. Gran parte de la doctrina que bien podría llamarse histórica, entendía que el mal que amenazaba debía ir dirigido contra la vida o, excepcionalmente, la salud<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> LAPORTA, FRANCISCO: “Sobre el concepto de derechos humanos”, en *Doxa*, 4, Alicante, 1987, p. 28.

<sup>130</sup> Así fue como comentó en su momento la aplicación del estado de necesidad, en los casos de hurto famélico, QUINTANO RIPOLLÉS, M.: *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963, p. 383



JIMÉNEZ DE ASÚA fue enfático al señalar: “No debe buscarse, pues, un fundamento típico al robo famélico que se halla –como para los demás casos de estado de necesidad- objetivamente en la teoría del conflicto de bienes iguales, según la cual debe preferirse el sacrificio de la propiedad, que es el bien inferior, *en aras de la vida del hambriento*, que importa un valor más grande”<sup>131</sup>, y en otro lugar: “El robo o el hurto cometido por un hambriento para no morir de inanición, presenta las características de un estado de necesidad, puesto que salva el bien superior que es la vida, atacando un interés jurídico de menor categoría: la propiedad de lo robado y lo hurtado”<sup>132</sup>. También ANTÓN ONECA hacía una advertencia similar: “Para justificar el ataque a la propiedad ajena es preciso se ordene evitar un mal grave –el perecer o sufrir un grave quebranto de salud- y que se den los demás requisitos anteriores”<sup>133</sup>. Pero no sólo la “doctrina histórica”; también la jurisprudencia española se pregunta si el mal que amenaza es sólo la muerte, o si pueden serlo además el hambre o la indigencia<sup>134</sup>.

A que esa era una exigencia se llegaba interpretando, por ejemplo, que lo que no acarrearía inanición no era un peligro, o que se trataba de un peligro que en todo caso no era lo suficientemente grave como para poder justificar el comportamiento, pero la mayor parte de las veces porque no se apreciaba ningún bien jurídico en peligro cuando quiera que se tratara de hambre; ahora con mayor claridad puede afirmarse que el derecho humano a una alimentación adecuada, desconocido las más de las veces por dificultades de orden económico, técnico y humano, es un derecho amparable, *por lo menos*, mediante estado de necesidad. Eso es perfectamente conforme, además, con el cambio legislativo Colombiano

---

<sup>131</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Cuarta edición, Buenos Aires, Losada, 1961, p. 486.

<sup>132</sup> JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: “Hurto famélico y miseria”, en *El Criminalista*, Tomo III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949, p. 80.

<sup>133</sup> ANTÓN ONECA, JOSÉ: *Derecho Penal*, Segunda edición, Madrid, Akal, 1986, p. 299

<sup>134</sup> MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal. Parte general*, Sexta edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2002, p. 449.

que suprimió, desde el Código de 1980, la exigencia de gravedad del peligro que traía el estatuto represivo de 1936, tal y como trató de mostrarse.

**(iii) Peligro inevitable de otra manera.** Hace alusión a que el peligro sólo pueda evitarse acudiendo a la violencia privada. Por tanto, la hipótesis a que se hace referencia es aquella en la que sólo puede tener lugar la salvaguarda de un derecho sacrificando otro bien. Pero sería muy oneroso que, antes de la acción salvadora hubieran de considerarse alternativas también lesivas de otros derechos del titular del que está en peligro. Por ejemplo, no sería razonable afirmar que era evitable de otra manera el peligro sobre el derecho a una alimentación adecuada, si esa otra manera es la mendicidad. En pocas palabras, la “otra manera” no puede ser cualquier manera; no puede exigirse agotar otras vías que supongan un menoscabo de derechos como la dignidad, para poder invocar el estado de necesidad. De allí que resulte tan acertada la afirmación de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ: “el agente debe hacer todo lo humanamente exigible, dadas las circunstancias al momento del hecho, para evitar la causación del daño al derecho o bien ajeno con miras a proteger el suyo”<sup>135</sup>, porque no es humanamente exigible sacrificar la dignidad hurgando los basureros, solicitando desperdicios o dependiendo de la caridad del resto de las personas.

Esta exigencia, empero, no se agota allí. Como ha dicho ROXIN: “es necesaria toda acción en estado de necesidad que no pueda ser sustituida por otra menos dañosa”<sup>136</sup>. Eso quiere decir que no sólo la violencia privada debe ser la última *ratio* en la protección de los derechos, sino que, de todas las violencias, de todos los actos lesivos, debe elegirse el menos lesivo.

Por lo demás, esas interpretaciones son compatibles con el que parece ser fundamento de la exigencia. Ya que en el estado de necesidad tanto los derechos

---

<sup>135</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 2002, p. 378.

<sup>136</sup> ROXIN, CLAUS: *Ob.*, cit, p. 682.

en peligro como los bienes que se han de sacrificar son igualmente dignos de protección, es razonable que la violencia deba ser el último recurso y que, dentro de ella, sólo sea justificable la menos lesiva entre las lesivas<sup>137</sup>.

**(iv) El peligro no puede haber sido ocasionado intencionalmente o por imprudencia.** Hay ocasiones en que el peligro que se quiere evitar fue provocado por el sujeto, intencional o imprudentemente. Eso es diferente a que el comportamiento típico realizado, mediante el cual se trata de evitar el peligro, pueda cometerse dolosa o culposamente. Esta parece ser una cuestión fácil de diferenciar. Primero aparece el peligro, después se comete un comportamiento típico *por* la necesidad de proteger el derecho. El requisito que se comenta significa que solo si lo primero se produce intencionalmente o por imprudencia no cabe hablar de estado de necesidad. BINDING fue quien afirmó: “Quien se haya puesto en peligro, que perezca en el mismo”, y con él los demás intérpretes así lo entendieron<sup>138</sup>. Pero, sobre este punto cabe hacer varias consideraciones.

Si se compara la nuestra con la legislación española, en ella puede protegerse al bien, incluso, de un peligro provocado imprudentemente e invocar el estado de necesidad, aunque no cuando se haya provocado de forma intencional. Es así como dice el artículo 20, N° 5: “Están exentos de responsabilidad criminal: 5º. El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: (...) Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido ocasionada intencionalmente por el sujeto”. Sobre esto han dicho BUSTOS RAMÍREZ y HORMAZÁBAL MALARÉE:

“este requisito [de la intencionalidad] determina la penalización, aunque atenuada si concurren los demás requisitos, si el que actúa en estado de necesidad ha provocado él mismo la situación de necesidad.

<sup>137</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: Ob., cit, p. 672.

<sup>138</sup> Citado en ROXIN, CLAUS: Ob., cit, p. 697.

El sujeto, en estos casos, no actúa para salvar el interés más importante ni tampoco en una situación de conflicto, sino a partir de una posición de poder provocada por él mismo. Invocar en estas situaciones el estado de necesidad implicaría un intolerable abuso del derecho de defensa. De otro modo, la autorización a la defensa se transformaría en una autorización para lesionar bienes jurídicos ajenos<sup>139</sup> [Paréntesis añadidos].

Y presentan un reparo frente a la exclusión de la provocación imprudente: “Por otra parte, tampoco se considera expresamente la provocación culposa, sin que se vea la razón de ello. No se divisa por qué el sujeto va a poder aprovecharse de su propio injusto ni tampoco en razón de qué seguiría habiendo a su favor un interés preponderante desde el punto de vista del ordenamiento jurídico”<sup>140</sup>.

De otro lado, la legislación alemana sólo exige no haber causado el peligro para efectos de la disculpa; es decir, que puede haberse provocado el peligro aun intencionalmente y, no obstante, justificarse el comportamiento. Así dice el párrafo 35: “Quien estando en una situación de peligro actual para su vida, su integridad corporal o su libertad, y que dicha situación no puede ser eliminada de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, *porque él mismo ha causado el peligro* o porque él estaba en una relación especial jurídica. Sin embargo, se puede atenuar la pena conforme al párrafo 49 párrafo 1, cuando el autor no tenía obligación de tolerar el peligro, en consideración a una especial jurídica”<sup>141</sup>. Se reitera, aunque el peligro haya sido causado (intencional o imprudentemente) por el agente, puede invocarse el estado de necesidad justificante, aunque no así el exculpante.

---

<sup>139</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Madrid, Trotta, 1999, p. 147.

<sup>140</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE: *Ob.*, cit, p. 148.

<sup>141</sup> LÓPEZ, CLAUDIA (Trad.): *Ob.*, cit.

ROXIN ha dado el siguiente argumento para fundamentar la diferente exigencia:

“El hecho de que en este punto deba tratarse de modo distinto el estado de necesidad justificante y el disculpante, puede fundamentarse también teleológicamente: pues, mientras que en el supuesto del párrafo 35 el sujeto hace algo antijurídico, o sea socialmente desaprobado, que no merece exculpación alguna si aquél para colmo ha provocado culpablemente su situación, en el caso del párrafo 34 el sujeto actúa para preservar intereses que no pierden sin más su – por lo demás- sustancial preponderancia por la provocación culpable de la situación de necesidad”<sup>142</sup>.

Y da el siguiente ejemplo: “Si un montañero emprende una escalada pese a las advertencias de los conocedores del lugar y no consigue descender, no obstante hay que permitirle que penetre en una cabaña privada para no congelarse”. O, puede considerarse otra situación: un huelguista de hambre, que incurrió en el ayuno porque no encontraba ninguna otra manera más idónea de reivindicar un derecho o de hacer una exigencia, siendo por demás una causa justa, legítima según el propio Derecho, y quien luego se apodera de unos alimentos para evitar la desnutrición. Según las consideraciones de BUSTOS y HORMAZÁBAL, eso supone un “intolerable abuso del derecho de defensa”; aunque la verdad es que él no se provocó la desnutrición macabramente con la certeza de que pudiera hurtar, sino con la convicción de que se atendieran sus reclamos. O piénsese en el ejemplo que formulara LUIS CARLOS PÉREZ: “El padre de familia que, pudiendo, no quiere trabajar y por ese hecho coloca a sus hijos en peligro de morir de inanición o por enfermedad, tampoco está amparado por la justificante si hurta para procurarles los medios de vida”<sup>143</sup>. En éste último caso, en que el padre voluntariamente decide dejar de proveer el sustento para su familia, sin considerar –se supone- que

---

<sup>142</sup> ROXIN, CLAUS: Ob., cit, p. 698.

<sup>143</sup> PÉREZ, LUIS CARLOS: *Derecho penal. Parte general*, Tomo I, Segunda edición, Bogotá, Temis, 1986, p. 438.

pueda después hurtar, ¿acaso podría negarse la protección justificada de los derechos de su parentela so pretexto de que provocó el peligro intencionalmente?

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, aunque no se refiere explícitamente a éste supuesto, introduce una noción que podría resultar importante. Dice: “así pues, no puede ampararse en esta justa causa quien de mala fe desata un incendio en su habitación y para salvar su vida destruye el ventanal de la casa del vecino”, lo que parece razonable, pues, debe ser la mala fe la circunstancia a tener en cuenta al momento de establecer el abuso del derecho de defensa. En efecto, la exigencia de no haber provocado el peligro de manera intencional tiene el propósito de evitar un abuso de la permisión de autodefensa. Porque si esa barrera fuera suprimida, entonces habría lugar a que se ejerciera la fuerza incluso en macabras situaciones en que se propicia deliberadamente la situación de conflicto y significaría una franca contravención al uso subsidiario de la violencia. El que se haya puesto intencionalmente en peligro, que perezca en él, cuando la actuación sea de mala fe. Porque, de otra manera, habría casos en los cuales las consecuencias serían difíciles de aceptar. Quizás sobre esto sea ilustrativo recordar alguna observación de las que hiciera RODRÍGUEZ DEVESA<sup>144</sup>:

“El problema agudo es el de quien deliberadamente se coloca en una situación de necesidad, pero sin haberla provocado *al objeto* de cometer el delito. Es decir, el dilucidar si la intención a que se refiere el código se contrae a la situación misma o ha de abarcar los actos consecuencia de la necesidad en que el sujeto intencionalmente se ha colocado”.

Dando a continuación el ejemplo siguiente:

“El que administra un veneno a un pariente para acelerar el curso de la masa hereditaria y, arrepentido después de haber suministrado la

---

<sup>144</sup> RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: *Derecho penal español. Parte general*, Octava edición, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1981, pp. 550-551.

dosis letal, baja a la farmacia y se apodera por la violencia del contraveneno que dado a tiempo salva a la víctima de la muerte, ha producido intencionalmente la situación de necesidad, pero no con el fin de beneficiarse de ella al apoderarse del fármaco”.

Ahora bien: si eso se dice respecto de la provocación intencional, otro tanto se puede decir sobre la provocación imprudente. En Alemania, como se vio, puede invocarse la justificante aunque el peligro se haya producido imprudentemente; lo mismo en España. En Colombia, empero, no está del todo claro. Porque una interpretación puede ser la de que esas dos condiciones de no haberse provocado el peligro intencional o imprudentemente, son condiciones de la exculpante, pero no de la justificante. Así lo ha propuesto VELÁSQUEZ, respecto de la provocación imprudente:

“Ahora bien, si es clara la exclusión del estado de necesidad cuando hay provocación intencional no lo es en el segundo caso, así la ley hable de “imprudencia”, expresión equivalente a *culpa* desde un punto de vista técnico, aunque en este contexto se discute tal equiparación. De todas maneras, sea lo que fuere, no se justifica la posición extrema asumida por el legislador, generadora de injusticias y decisiones desafortunadas desde el punto de vista politicocriminal y que pone en entredicho el principio de culpabilidad, además de que no se compagina con el fin de protección de bienes jurídicos asignados al derecho penal; por ello, debe entenderse, el texto legal solo cubre el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad, figura que por tener su fundamento en la no admisibilidad de otra conducta admite tal exclusión”<sup>145</sup>.

Quiere decirse con ello que, si se acoge la teoría de la diferenciación, no podría negarse la justificante, aunque el peligro haya sido ocasionado imprudentemente; pero sí podría negarse exculpación cuando eso tenga lugar. De hecho, lo propio podría decirse de la provocación intencional, siempre que sea de buena fe; de lo

---

<sup>145</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Manual...* Ob., cit, p. 379.

contrario, habría un actuar injusto. Porque si el criterio para diferenciar entre un estado de necesidad justificante y uno disculpante es el de la preponderancia del interés, es bien importante la consideración de que quien actúa de mala fe regularmente no tiene un interés preponderante frente al inocente; puede considerarse, incluso, como inferior a aquél. No pudiéndose decir lo mismo en los casos en que la provocación es intencional (de buena fe) o imprudente, pues, como en el caso del huelguista o del montañista, todavía puede haber razones que lleven a permitirles, en el primer caso, hurtar y, en el segundo, entrar en una casa ajena, porque se trata de intereses preponderantes y en consecuencia de actuaciones justificadas.

**(v) Quien invoca la causal no debe tener la obligación jurídica de afrontar el peligro.** Existen ciertas personas que, por disposición jurídica, contraen la obligación de afrontar ciertos peligros. Se dan siempre los ejemplos del bombero, del salvavidas, del policía, del médico, etcétera. “Es deber del bombero afrontar los azares del fuego a favor de quienes se encuentran atrapados por las llamas; el salvavidas tiene el deber jurídico de asumir los peligros de la corriente en pro de socorrer a quien está en trance de ahogarse; el policía tiene el deber de ayudar a quien está expuesto ante un lanzamiento popular; el médico debe exponerse al contagio en procura de evitar que lo sufran sus pacientes”<sup>146</sup>. Pero, desde luego, ninguna de estas consideraciones tendría sentido si una norma jurídica no radicara esas obligaciones específicas en cada una de esas personas.

Ciertamente, es difícil encontrar, o incluso imaginar, un caso en que una persona tenga la obligación jurídica de sufrir desnutrición o de padecer un hambre indigno. Aunque se le atribuye a algunos sujetos con ciertas calidades la obligación de sacrificar su derecho a la vida o a la integridad personal en aras de la salvaguarda de los bienes de otros, es lo cierto que difícilmente se encuentra un caso en que sacrificar el derecho a una nutrición adecuada pueda llevar a

---

<sup>146</sup> SALAZAR MARÍN, MARIO: Ob., cit, p. 590.



salvaguardar otro más. Aunque sería interesante investigar a qué se refiere ROXIN cuando dice lo siguiente en su obra:

“Tampoco se puede justificar por el parágrafo 34 la eliminación de un peligro si del conjunto del ordenamiento jurídico se desprende que ha de soportarse el daño. Así un condenado por una sentencia firme, aunque sea inocente, no puede escapar de la prisión golpeando a los funcionarios encargados de su custodia invocando el parágrafo 34, sino que tiene que acudir a los recursos legales. *O ante un peligro que afecte a todos por igual (p. ej. una situación de hambre en época de guerra) no se puede justificar por estado de necesidad el hurto de alimentos*”<sup>147</sup> (Subrayas añadidas).

Y lo que sería interesante investigar es: si en una situación tan dramática como una guerra, es suficiente el hecho de que haya un peligro que a todos afecte por igual para predicar la existencia de la obligación jurídica de afrontar el peligro, o si debe mediar una norma jurídica que radique específicamente ese deber en todos. Aunque, debe considerarse que las Constituciones de los Estados Sociales de Derecho regularmente imponen deberes genéricos de solidaridad, de los que podrían, eventualmente, desprenderse aquellos dada la extrema situación de que se habla<sup>148</sup>, y sería solo en esos casos extremos, pues de lo contrario no habría posibilidad alguna de ejercer la fuerza e invocar el estado de necesidad, dado el caso que el deber de solidaridad social se entendiera como la obligación de afrontar por sí solo todos los peligros que amenacen los derechos propios o los ajenos (siendo que el estado de necesidad parte, precisamente, de la idea contraria).

---

<sup>147</sup> ROXIN, CLAUS: Ob., cit, p. 696.

<sup>148</sup> En la Constitución Política colombiana se establece, en el artículo 95: (...) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: (...) 2. Obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas”.

**(vi) El mal que se ocasiona no puede ser mayor que el evitado.**

Sintéticamente, puede decirse que éste requisito, no mencionado expresamente en la ley, es un criterio diferenciador entre un estado de necesidad justificante y otro disculpante (o exculpante). Así, cuando el mal ocasionado sea menor que el evitado, habrá justificación; cuando sean iguales, habrá exculpación del agente. Pero vale resaltar lo dicho: esta exigencia no está expresamente formulada en el texto legal. ¿Cómo fundamentarla? Para eso vale la pena hacer las consideraciones que a continuación se exponen.

En Colombia, como en muchos otros países que se precian de cultivar la dogmática jurídico-penal, legada al mundo con derecho legislado principalmente por Alemania, se ha discutido, desde hace mucho tiempo, y en vigencia de diferentes regulaciones legales, si cualquier modalidad del estado de necesidad es justificada, o si algunas veces el obrar en estado de necesidad justifica el comportamiento y otras implica la inculpabilidad del sujeto, o si sólo puede ser una causa de exculpación y nunca una justificación. Pero parece la más lúcida la observación que sobre ésta discusión expresaba QUINTANO RIPOLLÉS: “imposible pronunciarse en un sentido o en otro abstractamente, pues la cualidad de justificación o inculpabilidad ha de ser decidida en atención a un sistema positivo determinado”<sup>149</sup>.

Mas, como en ciertos problemas anteriores, algunas de las posturas teóricas colombianas sugieren la posibilidad de apartarse del texto de la ley, o simplemente ser indiferente a lo que ella dispone. Aunque, más que eso, se parte de la idea de que las teorías (extranjeras por lo regular), automáticamente, pueden ser la fuente normativa para resolver los casos concretos; y son pocas las líneas que se dedican a argumentar a favor de una determinada tesis –como puede ser la diferenciadora del estado de necesidad, sobre la cual se hablará enseguida-. Es decir, se dedican poquísimas líneas a decir cómo es posible que una teoría pueda

---

<sup>149</sup> QUINTANO RIPOLLÉS, M.: Ob., cit, p. 381.

ser explicativa del Derecho nacional. Eso no ha de deberse a una ligereza argumentativa o a una deficiencia creativa, -aunque si no se parte de ciertos presupuestos epistemológicos quizás sí- sino a una forma de aproximación al Derecho que parece inadecuada, y que es la creencia de que existen teorías transnacionales del Derecho penal.

Uno de los ejemplos que con mayor nitidez puede citarse para ilustrar la desatención dispensada al texto legal es el que se expone a continuación. MEZA MORALES en nuestro medio fue el autor de la propuesta, que de la manera más directa se sugería así: “Apartándome de la dominante opinión jurisprudencial y doctrinal, *así como de los explícitos textos legales*, he venido sosteniendo en la cátedra, desde hace más de diez años, que la naturaleza jurídica del estado de necesidad es la de causal excluyente de culpabilidad y que aquella doctrina se apoya en una defectuosa técnica legislativa”<sup>150</sup>. El sustento teórico de esa propuesta lo proporcionaban algunas reflexiones que en su momento hiciera REINHARD FRANK en *Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Estaba en vigencia el código penal de 1980. La verdad era que la propuesta del estado de necesidad como causal de exculpación buscaba fundamentos legales, pero por fuera del Código penal; concretamente, en la legislación civil y de procedimiento civil. Su principal argumento era el de que en estado de necesidad se generaba responsabilidad civil. Por tanto, el estado de necesidad era un comportamiento *ilícito*. Claro, un ilícito que, extrañamente, decía la ley penal que *no* lo era (no era un ilícito penal)<sup>151</sup>, porque expresamente decía: “El hecho se *justifica* cuando se comete: (...)”.

Ahora bien: aparte de esa vos diáfana, directa, hay otras que no lo son tanto. Y, se repite, si algunos teóricos no hacen una expresa manifestación de *por qué*

---

<sup>150</sup> MEZA MORALES, FERNANDO: “Estado de necesidad. Naturaleza jurídica. Consecuencias”, en *Estudios de Derecho*, Vol. LVI, N° 127, Medellín, Universidad de Antioquia, Marzo de 1997.

<sup>151</sup> Tal vez hubiera sido suficiente con establecer una distinción: hay ilícito civil e ilícito penal, y no es que haya un solo ilícito.

una teoría puede ser explicativa del Derecho penal, y asumen que por ser teoría del delito es suficiente, ello no ha de deberse a déficit argumentativos, como a un entendimiento equivocado, y quizás inconveniente, de las tareas de la dogmática. En adelante puede mostrarse un ejemplo más de cómo parece ser ésta una manera de proponer soluciones a los casos.

A poco tiempo de expedirse la nueva legislación, se pudo afirmar que, pese a haber existido una polémica entre teorías unificadoras y diferenciadora, “en Colombia se ha considerado [al estado de necesidad] como causal excluyente de la antijuridicidad”<sup>152</sup>. En ese momento eran escasos los manuales de Derecho penal que trataban el tema, y los artículos especializados sobre el mismo pueden no superar la unidad. Entonces, ¿cómo puede tener sentido una afirmación semejante? Una posible respuesta puede ser que a esa aserción subyace otra: no existe solución de continuidad entre la anterior legislación y la nueva. Y eso realmente podría tener sentido si no se hubiera introducido *ningún* cambio legislativo, pero la verdad es que sí fue así. Como se acaba de recordar, el código de 1980 encabezaba la causal de estado de necesidad con la fórmula “El hecho se justifica cuando se comete: (...)”; mientras la regulación actual lo hace con ésta otra: “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...)”. Por consiguiente, más en el fondo, la inquietud principal es: ¿por qué se asume que no hay solución de continuidad entre una legislación derogada y otra nueva, siendo que tuvo lugar un cambio relevante? Si se hace un poco de historia, nuevamente, es posible arrojar un poco de luz sobre la problemática.

Desde hace mucho se viene proponiendo en Colombia la doctrina diferenciadora, –se sostiene– aun a despecho de lo que pudiera insinuar la legislación. Es así que, estando vigente el Código de 1936, LUIS MUÑOZ<sup>153</sup> sostuvo, contra toda la doctrina colombiana, que había dos posibles

---

<sup>152</sup> MONROY VICTORIA, WILLIAM: Ob., cit, p. 332. Esta obra fue editada en el año 2002.

<sup>153</sup> MUÑOZ, LUIS: *Comentarios al Código Penal de Colombia*, México, Offset Internacional. 1955, pp. 283 y 284.

consecuencias normativas para quienes actuaran en estado de necesidad: una era la justificación del comportamiento, y la otra era la inculpabilidad del agente. Vale la pena recordar la regulación de aquel entonces para ilustrar mejor el punto: “artículo 25. El hecho se justifica: (...) 3º 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”.

LUIS MUÑOZ, empero, cuando trata de abstraer los requisitos del estado de necesidad en Colombia –porque además su libro se titula *Comentarios al código penal colombiano*- dice: “Los requisitos que el Código penal determina para que pueda darse estado de necesidad son los siguientes: a) necesidad; b) peligro grave e inminente; c) que no exista la posibilidad de evitarlo de otra manera; d) que no se haya causado por obra propia; y e) que no deba afrontarse por obligación profesional”<sup>154</sup>. Pero *omite* un detalle bastante trascendental: que el encabezado del artículo era “El hecho se justifica: (...)”. Por eso puede decir luego: “Si tenemos en cuenta los requisitos mencionados llegaremos a la conclusión de que el estado de necesidad “sensu stricto” se produce cuando coliden bienes jurídicamente protegidos de desigual valor, y objetivamente se sacrifican los de menor valor. En este caso nos encontramos ante una verdadera causa de justificación”<sup>155</sup>. Así, el lenguaje del Derecho parece ser necesario únicamente cuando ratifique lo que la Teoría General del Delito determine, aun cuando, en realidad, las teorías del delito se diseñan según cada país y atendiendo a *particulares* sistemas jurídicos.

Esta postura, con todo, fue rechazada, podría decirse, casi por la unánime doctrina de aquel entonces: muchas veces porque el propio texto legal así lo determinaba, otras por las mismas razones que se dieron en la comisión de 1978

---

<sup>154</sup> Idem, p. 284.

<sup>155</sup> Idem, p. 284.

para no incorporar esa diferenciación en el nuevo código. De esas otras razones que se dieron en la comisión ya se habló en el capítulo precedente, pero parece que no sobra recordarlas, habida cuenta del propósito de éste acápite de dilucidar cómo puede mejor entenderse el estado de necesidad según el Derecho nacional. En la Comisión, ESTRADA VÉLEZ dijo:

“Realmente me parece que lo más importante por ahora es el problema, planteado en la fórmula, sobre si se adopta, respecto del estado de necesidad, la teoría de la discriminación o el de la causal de justificación, aunque es bien sabido que la primera, o sea la teoría de los intereses de origen alemán, como dice MAURACH, se formuló en base al párrafo 54 del Código penal alemán, el cual dio origen a una sentencia del Tribunal Supremo en la que se adoptó dicho criterio. En lo que a mí respecta, soy partidario de la tesis unitaria, no solamente porque consulta la tradición colombiana, evita muchos problemas y dificultades, sino también porque en estricto rigor la legítima defensa es un estado de necesidad”<sup>156</sup>

Es que, tal vez el principal inconveniente hallado a la teoría diferenciadora era la indeterminada manera de hacer la ponderación entre bienes o entre males. De allí que, en los términos más críticos, se hubiera dicho:

“La tesis de la diferenciación no satisface adecuadamente la necesidad de responder con rigor conceptual y sistemático aspectos fundamentales de la teoría del delito, y lo que es más importante, crea perplejidades insolubles frente a casos de la vida real.”<sup>157</sup>

Y tal como fue argumentado, y fue defendido por un sector muy amplio de la doctrina, trató de plasmarse en la legislación de 1980. Pero con eso no bastaba. Una posible forma de entender la interpretación es considerando las leyes como un bien que no pertenece a nadie en especial; por tanto, no son de sus creadores

---

<sup>156</sup> GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS: Ob., cit, p.207.

<sup>157</sup> ALDANA ROZO, LUIS ENRIQUE: Ob., cit, p. 82.

genuinos. La ley es un documento normativo que se basta a sí mismo, y no requiere andar con la sombra de la voluntad legislativa para subsistir o, así sea, para poder ser interpretada. Si sus enunciados proporcionan el sustento para proponer soluciones novedosas y garantes, entonces no se ve cómo pueda eso impedirse, so pretexto de que la voluntad del legislador estaba dirigida en otro sentido diferente al que se propone. El legislador se comunica con los destinatarios de la ley mediante lenguaje: mediante el lenguaje legal.

De allí que, una de las propuestas interpretativas en vigencia del Código de 1980 –a pesar de las consideraciones genéticas- fuera también la de que no podía justificarse por estado de necesidad el comportamiento típico productor de un mal igual o mayor al que se pretendía evitar. Esa fue la interpretación de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ<sup>158</sup>, sobre la cual ya se hicieron suficientes consideraciones en el capítulo anterior. Pero cabe aquí advertir lo siguiente: cuando comienza a enunciar los requisitos de la causal del artículo 20 -5, para cada uno encuentra un sustento legal, tanto para aquello de que se proteja un derecho propio o ajeno, como para que el peligro no pueda haber sido ocasionado intencionalmente o por imprudencia, etcétera. Mas cuando llega a la exigencia principal, a la característica específica de la teoría diferenciadora dice, a secas: “En quinto lugar se debe causar un mal menor. Es de la esencia de esta justificante que el daño causado sea de entidad menor, pues si es equiparable solo podrá invocarse el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad”<sup>159</sup>. Aquí se ve que el Derecho nacional parece no tener importancia cuando se advierte cualquier discrepancia o dificultad para acordarlo a la Teoría General del Delito.

Finalmente viene el Código actual, la ley 599 de 2000. En esta codificación el estado de necesidad se regula de la siguiente manera: Artículo 32. - “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...) 7. Se obre por la necesidad de proteger

---

<sup>158</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal. Parte general*, Tercera edición, Bogotá, Temis, 1997, pp. 512 y ss.

<sup>159</sup> *Idem*, p. 518.

un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.

Hoy, a diferencia de las legislaciones anteriores, el encabezado es mucho más genérico. Ya no se distingue entre causales de justificación y de inculpabilidad expresamente, sino que se abarcan varias soluciones a supuestos, todas las cuales pretenden eximir de responsabilidad penal. Esto parece suficiente para concordar con SANDOVAL FERNÁNDEZ en que “el Código penal dejó abierto el debate en la doctrina-jurisprudencia, para que fuera allí donde se decidiera a qué condiciones de la responsabilidad se refiere cada una de las causales”<sup>160</sup>. Es decir, queda abierto el debate para determinar si el estado de necesidad es una causa de justificación o de exculpación, o de una y de otra según la magnitud del mal que se ocasiona y del que se quiere evitar.

Empero, cuando se vuelve la mirada sobre un texto tan importante e influyente como el de VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (editado ya en vigencia del nuevo código), el mismo que sirvió de manera invaluable en la formación de quien escribe estas líneas y le mostró senderos posibles para la investigación, se ve que, pese a los cambios legislativos, apenas y sufre algún cambio relevante. Claro, al principio precisa: “Según el artículo 32, numeral 7, inciso 1º, tampoco hay lugar a responsabilidad penal –lo que se traduce en una causal de exclusión de la antijuridicidad o de la culpabilidad, según el caso- (...)”<sup>161</sup> y cita luego el numeral 7º que consagra el estado de necesidad. Ese, sin duda, es un procedimiento completamente válido, que, con todo, *nunca* tuvo lugar en su obra anterior, referida a la codificación de 1980. En la obra precedente era bastante difícil sustentar la diferenciación, por eso si la ley no ratificaba lo que era la esencia conceptual, y que en este caso es perfectamente traducible por “lo que dice la Teoría General

---

<sup>160</sup> SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME: “Causales de ausencia de responsabilidad penal”, en *Revista de Derecho*, N° 19, Barranquilla, Universidad del Norte, 2003, p. 5.

<sup>161</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Manual...* Ob., cit, pp. 373 y 374.



del Delito”, podía omitirse cualquier referencia a ella. O, lo que es equivalente, sólo parece importante citar la ley cuando se avenga a la teoría general del estado de necesidad.

Es más, cuando otra vez pretende dar fundamento al requisito de que el mal ocasionado deba ser menor al evitado, introduce nuevamente la argumentación de su obra anterior: “En quinto lugar, *se debe causar un mal menor*. Es de la esencia de esta justificante que el daño sea de entidad menor, pues si es equiparable sólo podrá invocarse el estado de necesidad excluyente de la culpabilidad”<sup>162</sup>. Pero, ¿puede considerarse un argumento suficiente para la exigencia referida?

Esta pregunta sólo puede responderse si se hacen previamente algunas consideraciones. Efectivamente, es lo cierto que las normas contentivas de las causales de justificación tienen una estructura definible en los más conocidos términos kelsenianos: los numerales consagran las condiciones fácticas bajo las cuales es válido aplicar la consecuencia jurídica del encabezado (“No habrá lugar a responsabilidad penal”). Siendo más explícitos, la norma del estado de necesidad puede reformularse así: “Siempre que se obre “por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar, no habrá lugar a responsabilidad penal”. Pero ¿qué es “responsabilidad penal”?

Ese término puede interpretarse –y no hay ningún obstáculo para ello- como justificación o como exculpación. En el lenguaje doctrinal se emplea la expresión “X no es responsable”, tanto para los casos en que el comportamiento de X es atípico, como para aquellos en los cuales es justificado o en que el agente es inculpable. Por eso, a los *casos* de estado de necesidad pueden darse *soluciones* diferentes. Pueden ser considerados casos que siempre se resuelvan como

---

<sup>162</sup> Idem, p. 378.

justificados, o que siempre se resuelvan como disculpados, o unas veces aquello y otras esto. En otras palabras, para decir si vamos a resolver esos casos como justificantes o como exculpantes, parece que hay un recurso del que se puede servir el intérprete, y es el de la polivalencia de la expresión “No habrá lugar a responsabilidad”. Y aunque no es posible, para un mismo caso, dar dos soluciones diferentes (lo que sería, en el más estricto sentido, una antinomia); sí se puede, en cambio, dar dos soluciones diferentes (lo que le permite la ley) a casos diferentes (y en éste evento queda a manos del intérprete determinar el criterio de la diferenciación). ¿Qué marcará la diferencia?

Puede proponerse que el criterio diferenciador sea la relación de males. Si el mal evitado es mayor que el causado, entonces la *solución* a ese caso será la justificación; si no es así (si el resultado de la ponderación es otro), entonces la *solución* a ese caso será la exculpación del agente. Pero en ambos casos hay estado de necesidad, y por lo pronto no hay ninguna adición del intérprete.

De hecho, la labor creativa empieza a tener lugar al momento de sugerir el criterio diferenciador de los casos en que se tendrá por justificado el comportamiento, y los casos en que se tendrá por disculpado al agente que comete el injusto. VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ entiende que el criterio diferenciador estriba en la relación entre el mal producido y el evitado: si el mal evitado es superior al ocasionado hay estado de necesidad justificante; si el mal evitado es equivalente al ocasionado, el estado de necesidad es disculpante. Sin embargo, la forma de fundamentar esa diferencia es bien discutible: porque es de la esencia de la justificante<sup>163</sup>. Cuando sólo debería ser de la esencia de una causa de justificación legal aquello que pueda tener soporte en la ley, o en definitiva en el Derecho colombiano.

---

<sup>163</sup> Idem, p. 378.

Aquí, por lo pronto, sólo pueden sugerirse algunos argumentos a favor de la diferenciación, aunque se parte de la manifestación sincera de que los criterios diferenciadores no están explícitamente establecidos en la causal y que la esencia de los conceptos sólo puede ser aquella que se derive de una interpretación del derecho positivo; cuando éste cambie, aquella se mudará.

En efecto, todo puede partir de una pregunta: cuando la legislación colombiana establece, en el artículo 11: “Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, *sin justa causa*, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal” (subrayas añadidas) ¿considera como una justa causa poner en peligro un bien jurídico para salvar un derecho propio o ajeno, así sea que el mal que finalmente se ocasione sea superior al evitado? Porque esa es la primera pregunta que debe formularse, ya que, aunque el estado de necesidad se da hasta en los casos en que se produce un mal equivalente al evitado (y, desde luego, también cuando éste es superior a aquel), no se da allí donde el mal ocasionado sea superior al evitado.

Pues, retomando, la respuesta a esa pregunta no viene inequívocamente determinada en la ley; no hay un enunciado que expresamente sugiera algo semejante. Pero ¿será posible pensar en Colombia que el estado de necesidad está constituido para que los particulares utilicen la fuerza de forma desproporcionada?, ¿puede ocasionarse un daño superior al evitado y, no obstante, quedar impune (por ser justificado o por ser inculpable el agente) el comportamiento? Porque si al Estado se le exige proporcionalidad en la sanción (en el uso de la fuerza) (artículo 3, CP), ¿no deberá exigirse lo mismo al individuo a quien se le permite su ejercicio en esos intersticios en que se encuentre necesitado?

Como habrá de considerarse más a fondo y se ha sugerido tangencialmente, el estado de necesidad es uno de aquellos casos de descentralización del monopolio

de la fuerza; un evento en el que se deposita en los particulares la posibilidad de ejercer la violencia –que en principio estaba reservada a los agentes del Estado-, cometiendo comportamientos típicos, entonces existen ciertas características que guardan semejanzas relevantes con el poder penal, y también, sobre todo, con la legítima defensa. Sólo que en estos dos últimos casos el ejercicio de la violencia se da ante una cuestión mucho menos problemática: actos antijurídicos, injustos. En otras palabras, tanto en la sanción como en la legítima defensa (considerada algunas veces como sanción<sup>164</sup>), el ejercicio de la fuerza se produce cuando tuvo lugar un actuar injusto; en ésta, claramente para defenderse, en aquélla no es tan claro que sea así, aunque esa no es una discusión que interese a este trabajo. Lo que sí es importante señalar es que al Estado se le exige proporcionalidad en el ejercicio de la fuerza por ser una condición de racionalidad; al particular se le exige también proporcionalidad en el ejercicio de la violencia cuando quiera que deba proteger sus derechos de una agresión injusta, y eso está expresamente consagrado en la misma ley. El estado de necesidad es una acción violenta que recae contra inocentes, personas que no han dado lugar a algún evento que considerado antijurídico. ¿Será posible que ésta semejanza baste para aducir la exigencia de proporcionalidad –establecida legalmente para la legítima defensa- en el estado de necesidad?

Ciertamente, cuando la legislación nacional dice que puede invocarse la legítima defensa cuando “Se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, siempre que la defensa sea proporcionada a la agresión”, está haciendo referencia a que no puede repelerse la agresión con medios exagerados, excesivos; a que no puede, entonces, producirse un daño superior al que se pretende evitar. Pues lo propio habría de decirse del estado de necesidad: no es razonable que pueda invocarse el estado de necesidad (ni justificante ni disculpante) cuando quiera que los males

---

<sup>164</sup> KELSEN, HANS: Ob., cit, pp. 46 y ss.

ocasionados sean superiores a los que se evitaron. Mas contra eso, no puede ocultarse, hay una resistencia importante: el artículo 6º inciso 3 establece que “La analogía sólo se aplicará en materias permisivas”. Es decir, sólo allí donde la analogía pueda reportar alguna situación ventajosa para los ajusticiados es posible introducirla. En este caso, empero, la analogía sólo restringiría el ámbito de aplicación de la causal de estado de necesidad, excluiría algunos supuestos en los que podría invocarse<sup>165</sup>.

Claro que, si bien se mira, la única manera de introducir la proporcionalidad no es haciendo la analogía; vale decir, puede llegarse al mismo resultado empleando diverso método. Puede empezar por preguntarse si es una finalidad de las causales de ausencia de responsabilidad la de otorgar al individuo la competencia para hacer un uso desmesurado de la fuerza, y si eso se aviene con la finalidad de protección de los bienes, vida y honra que el propio Estado Colombiano establece como propia en la carta constitucional<sup>166</sup>. Porque permitir, o en todo caso dejar impunes los comportamientos en que se ejerce la violencia sin atender a criterios de proporcionalidad es contrario al derecho a la igualdad. Tras cada delito puede invocarse la protección de un estado de cosas valioso: piénsese por ejemplo, en un caso de homicidio para proteger la hombría, o en un acceso carnal violento para garantizar el libre desarrollo de la personalidad etcétera. Por tanto, la delimitación de los casos en que es penalmente irrelevante el ejercicio de la fuerza es una de las finalidades del estado de necesidad. Si no se la considera suficientemente, entonces la autodefensa termina convirtiéndose en un poder mucho más gravoso que el propio poder penal del Estado.

---

<sup>165</sup> Sobre lo que significa la prohibición de analogía in malam partem, puede verse a ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALEJANDRO ALAGIA; y, ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 110-112.

<sup>166</sup> Acerca del método teleológico de interpretación dice ALEXY que éste no tiene que fundarse en informaciones empíricas, en aseveraciones acerca de lo que los creadores de la ley efectivamente estimaron como finalidad, sino que “son fines racionales o prescritos objetivamente en el marco del ordenamiento jurídico vigente aquellos que *establecerían* quienes deben tomar decisiones en el marco del ordenamiento jurídico vigente, sobre la base de la argumentación racional. (...) Las afirmaciones finalistas de los intérpretes son hipótesis sobre los fines establecidos por este sujeto hipotético.” Puede verse ALEXY, ROBERT: *Ob.*, cit, p. 232.

Pero con entender que la finalidad de las causales, lo mismo de la legítima defensa que del estado necesidad, no es la de conferir un poder ilimitado a los individuos, tan sólo logra proporcionarse argumentos a la exclusión de unas condiciones: la producción de un daño mayor al evitado. Sin embargo, no logra establecerse por qué habría de optarse por la teoría diferenciadora y no por alguna de las unitarias. A esa opción sólo puede llegarse advirtiendo cuál de las teorías acarrea las consecuencias menos perjudiciales. Y, no está de más advertir que, pese a estimarse como más justa una teoría que otra, no desaparece necesariamente la consideración recién hecha, según la cual nunca debería dejarse de punir un comportamiento que produjera un mal superior al evitado. Pero entonces es oportuno revisar algunas de las consecuencias que acarrea asumir una u otra postura.

Efectivamente, asumir que el estado de necesidad sólo puede ser una causal de justificación (teoría unificadora justificante) supone afirmar una de tres cosas: **(i)** que siempre que se obre para proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que no se haya ocasionado intencional o imprudentemente y que no se tenga el deber jurídico de afrontar se está actuando justificadamente, y entonces no importa si el mal ocasionado es superior al evitado (y en consecuencia se podría matar para proteger un bien mueble, como podría ser una argolla), pero esa postura llevaría a resultados materialmente inaceptables, toda vez que se implicaría que el Derecho *permite* acabar con la vida de un tercero para salvaguardar el patrimonio económico; o **(ii)** restringir la justificante a los casos en los cuales se obra ocasionando un mal menor que el que se evita, pero sancionando los demás eventos, y en esta interpretación muchas serían las penas impuestas injustamente, cuando se diera un caso dramático como el de la tabla de Carnéades o de “La Mignonette”, pues, si se asumiera que pueden compararse los males, sería igual el producido al evitado y habría, en consecuencia, un delito; o, finalmente **(iii)** puede entenderse que el

estado de necesidad opera hasta cuando el mal que se evita es igual al ocasionado, en cuyo caso se diría –como en los mismos casos apenas referenciados de La Mignonette- que el Derecho permite a ciertas personas quitar la vida de otros hombres. Es decir, no es que el Derecho deje sin pena al sujeto que así lo hace, es que deja impune su comportamiento porque el propio Derecho así lo permitió, a pesar de que la propia Constitución nacional prescribe que “El derecho a la vida es inviolable”. Además, si así se interpreta, eso quiere decir que no podría defenderse legítimamente el que siente atacado su derecho a la vida, cuando el otro arremete en contra suya, y que, precisamente por tratarse de un actuar lícito (jurídico), el partícipe queda también impune, sea que haya determinado al otro, o que se entienda cómplice del mismo, a pesar de no encontrarse necesitado y de no estar en peligro sus derechos (artículo 30, C.P).

En cuanto a la postura unificadora en la culpabilidad habría elementos legislativos, también, para sostener esta interpretación. No obstante, los resultados a que lleva no son del todo satisfactorios. Si un moribundo de hambre tratara de apoderarse de un pedazo de pan y unos jamones para alimentarse, ¿será materialmente aceptable afirmar que esa es una agresión injusta y que, por tanto, puede repelerse mediante legítima defensa? MEZA MORALES, que argumentó en algún momento a favor de la teoría unificadora sostenía que la situación del estado de necesidad era diferente a la de la legítima defensa. Que ésta última era la única genuinamente justificante. No así ocurría con el estado de necesidad, pues “si se justificara que el uno matara al otro (al otro que en todo momento actúa jurídicamente), eso significaría que la ley penal privilegiaría la fuerza o la astucia en detrimento del débil o del ingenuo”, lo que parece cierto en el caso de una muerte. Pero, ¿podrá decirse lo propio en tratándose de un hurto por hambre?

Si una persona en situación de indigencia, proscrita seguramente de las cadenas de supermercado, lograra colarse en una de sus sucursales y hurtar un queso, ¿podría decirse que, en ese caso, el Derecho está privilegiando al más

fuerte o al más astuto? Al más fuerte, resulta exagerado; al más astuto, tal vez. Pero esa no debería ser una problemática muy grave si se hiciera un balance de razones: hay dos males para ponderar, que serían, de un lado el producido al patrimonio económico de la cadena de supermercados y, de otro, el producido al derecho a la nutrición adecuada del indigente. Aquella podrá subsistir sin su queso; éste es posible que también lo haga, pero quizás no dignamente.

Por lo demás, la teoría diferenciadora tampoco está exenta de dificultades. Aquí pueden exponerse sólo algunas de ellas. Si se otea, por ejemplo, la legislación alemana, el estado de necesidad disculpante trae un requisito importante, muchas veces no mencionado por la doctrina extranjera y nacional que acoge la misma distinción, y que parece relevante. El Código penal alemán establece: “Parágrafo 35. Quien estando en una situación de peligro actual para su vida, su integridad corporal o su libertad, y que dicha situación no puede ser eliminada de otra manera, comete un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque él mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una relación especial jurídica. Sin embargo se puede atenuar la pena conforme al parágrafo 49 párrafo 1, cuando el autor no tenía obligación de tolerar el peligro en consideración a una especial relación jurídica”<sup>167</sup>.

Nótense, entonces, dos cosas<sup>168</sup>. En primer lugar, el estado de necesidad disculpante procede sólo para proteger la vida, la integridad corporal o la libertad, lo que es perfectamente lógico si se parte de la premisa de que las causales de inculpabilidad obedecen a una problemática motivacional, referida a las dificultades de motivarse según los mandatos de la norma penal. Se estima legislativamente que sólo el peligro para esta clase de bienes puede acarrear esa dificultad. Como

---

<sup>167</sup> LÓPEZ, CLAUDIA (Trad.): Ob., cit.

<sup>168</sup> Todo esto, mejor explicado en MIR PUIG, SANTIAGO: Ob., cit, pp. 445 y ss.



ha dicho MIR PUIG, refiriéndose a cierta doctrina española que acoge la teoría diferenciadora: “Carece de fundamento que se admita la exculpación automática en todos los casos en que alguien priva a otro de un bien para no perder otro de igual valor”, y da el siguiente ejemplo: “Ante la fuerte tormenta alguien toma el paraguas de otra persona en lugar del suyo con el solo objeto de evitar que el suyo, de igual valor, se estropee”<sup>169</sup>. Por lo que sería sólo adecuada la exculpación cuando exigir al sujeto que se abstenga de cometer una conducta típica, se muestra como exigir heroísmos, imposibles, y *eso sólo sucedería en el caso de los bienes personalísimos*.

En segundo lugar, se puede advertir que sólo pueden protegerse la vida, la integridad y la libertad ajena *si son propios, de un pariente o de una persona allegada*, lo que también tiene razón de ser en el estado de anormal motivación que se produce cuando están en peligro los bienes propios o los de un pariente o allegado; y que no siempre ocurre cuando los que están en peligro son los bienes de un tercero desconocido.

En definitiva, es claro que ninguna solución resulta incontrovertible, aunque todas hallen asidero en el texto legal. Pero cuando todas tienen el mismo sustento, es preciso argumentar correctamente. Es decir, es preciso sugerir los argumentos de orden político-criminal, o moral en su caso, para inclinar la balanza a favor de una u otra postura interpretativa, lo que puede ser aportado por las soluciones jurídicas a que se llegue según una u otra interpretación de la ley, desde luego.

Así, si se fuera a preguntar ¿cuál es la solución que provee el Derecho colombiano para los casos en los cuales una persona hambrienta, moribunda o no, se apodera de un bien mueble para satisfacer una necesidad alimentaria?, debería responderse con *sindéresis*: si los elementos relevantes del caso son esos, y si además se dan los requisitos legales de que no haya otro medio menos lesivo para

---

<sup>169</sup> Idem, p. 446.

conjurar el peligro, que él mismo no lo haya ocasionado intencional o imprudentemente, y demás, habrá que mirar si el mal que se evita es superior al que se produce, o si ambos males son equivalentes, o si se produce un mal mayor al que trata de evitarse. En eso serían variados los elementos de juicio que habría que ponderar. Por ejemplo, el valor comercial de los bienes hurtados; la condición social del propietario original de los bienes; su propia condición física o mental; el nivel de desnutrición de la persona necesitada; la manera en la cual se produjo el hurto, esto es, si se produjo con violencia o no; etcétera<sup>170</sup>. No pueden, en consecuencia, darse respuestas unívocas. Pero de antemano parece que existe un importante peso en el derecho a la alimentación, en relación con el derecho patrimonial que se vulneró con el hurto, por tratarse aquél, como se ha dicho, de un derecho humano, y éste de un derecho patrimonial.

#### 4. CONCLUSIONES

En un ensayo recuerda RADBRUCH<sup>171</sup> la comparación que LUTERO hacía entre juristas y teólogos. Afirmaba el último: “Es vergonzoso que un jurista hable sin texto, pero más vergonzoso es que un teólogo hable sin texto”. La verdad es que tanto en teología –como lo dice el propio RADBRUCH– como en Derecho, esto parece haber dejado de ser así, ha dejado de ser una vergüenza aquello de hablar sin texto. En Derecho –que es lo que importa a éste trabajo– ha dejado de ser una vergüenza hablar sin texto, a veces a pesar de lo que sería metodológicamente aconsejable, otras veces precisamente por ser lo metodológicamente aconsejable. Hay que ser realistas en entender que el texto de la ley, en ocasiones, no proporciona la claridad que se espera. Y con decir “a veces” podrá entenderse “a

---

<sup>170</sup> Para los criterios que pueden tomarse en cuenta al momento de hacer la ponderación de los males puede verse JESCHECK, HANS HEINRICH y THOMAS WEIGEND :Ob., cit, p. 388.

<sup>171</sup> RADBRUCH, GUSTAV: “Clases de interpretación”, en *Relativismo y Derecho*, Trad. Luis Villar Borda, Bogotá, Temis, 1999, p. 49.

menudo” o “con mucha frecuencia”. El texto legal es oscuro con mayor frecuencia de lo que a veces se estima. Y aunque no por ello se le puede atribuir cualquier sentido, es cierto que aquel por el cual se opte no viene predeterminado por el propio texto legal. Pero incluso cuando la literalidad de una disposición no dispense problemas, es posible derrotar esa prevalencia del método semántico si se advierten otros argumentos que militarían en contra de la interpretación. Por ejemplo, puede acudirse a la intención del autor del texto legal; a la coherencia que guarda otra solución con el resto del Derecho, o –en último término, según una propuesta que se acepta- acudiendo a razonamientos teleológicos, dirigidos a mostrar la finalidad de ciertas normas (lo que no se determina siempre empíricamente, sino también normativamente)<sup>172</sup>.

Pero, sin duda, el primer punto a estudiar debe ser el texto legal. Cuando los enunciados de la ley sean oscuros, entonces cualquier respuesta que se dé y pueda caer en el núcleo de significados del tenor, puede valorarse como perfectamente ajustada a Derecho. Ahora: si es posible una salida más justa que otra, ¿será suficiente acudir al expediente de la discrecionalidad interpretativa para justificar una propuesta de solución? Incluso cuando, a pesar de la claridad del texto legal, la solución a la que se llega se enfrenta a otra cadena argumental más fuerte, fundada también en cánones de interpretación diferentes al semántico, hay cabida para formular otra interpretación del Derecho.

Pues bien: según lo que se expuso, una dilucidación adecuada del concepto de “estado de necesidad” podría darse si se empieza afirmando que estamos dispuestos a hablar de un estado de necesidad cuando “se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente y que no tenga el deber jurídico de afrontar”. Es decir, la definición legal es -como se dijo sin adornos y sencillamente- un punto de *partida* inevitable. Para responder a la

---

<sup>172</sup> Para todos los efectos, puede verse ALEXY, ROBERT: Ob., cit, pp. 225 y ss.

pregunta “¿Qué es el estado de necesidad?”, por tanto, no parece necesario introducir la discusión, irrelevante desde el punto de vista práctico, de si el estado de necesidad es propiamente un “estado” o una “situación”, cuestión sobre la que difícilmente se puede llegar a acuerdos porque olvida que ese no es un procedimiento que tenga sentido<sup>173</sup>. Si todos los elementos que deben reunirse para que estemos en condiciones de concluir que se está frente al caso de un estado de necesidad están ya expresados en el código, ¿vale la pena seguir indagándose por más?<sup>174</sup> Eso no quiere decir que no pueda indagarse por su fundamento, o por la finalidad que pretende conseguir. Quiere decir, simplemente, que el concepto no es algo diferente al uso técnico que se le da a la expresión “estado de necesidad”, y ese uso técnico es el que da el legislador penal. Cuando FERRAJOLI dice que la dogmática es el análisis del lenguaje legal<sup>175</sup>, tal vez quiera decir que ese es su referente principal, pero no el único (porque también la constitucionalidad de los preceptos, por ejemplo, debe tomarse en consideración).

Claro, eso es perfectamente compatible con la crítica esbozada a la pretendida teoría transnacional del Derecho, puesto que lo que quiere resaltarse en este texto es que las teorías que se refieren al estado de necesidad provenientes de Alemania, España, Chile, Argentina, etcétera, están referidas a los Derechos positivos nacionales, y los fundamentos de sus aserciones son las normas legales o constitucionales de los respectivos Estados. Las dogmáticas alemanas, españolas, chilenas, argentinas, son dogmáticas de uno u otro país; no son dogmáticas del mundo. No existiría una teoría general del delito, sino teorías del

---

<sup>173</sup> Sobre la manera más adecuada de sugerir “definiciones” en el Derecho, puede verse la importantísima aportación de HART, H.L.A: “Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 2001, pp. 21-49.

<sup>174</sup> Importante retomar aquí lo dicho, acerca de la diferencia entre *caso* y *solución*. El artículo 32 N° 7 enuncia todos los elementos necesarios para que pueda decirse cuándo se está frente a un estado de necesidad. Claro, ya para saber si es justificante o exculpante, debe haber algo que diferencie *los casos de estado de necesidad*, y ello será la relación de los males. Por tanto no se agrega nada que no esté en la ley para hablar de estado de necesidad; aunque sí para saber si la solución debe ser la justificación o la disculpa, lo que, por cierto, ya se dijo que lo permitía la ambigüedad del enunciado normativo.

<sup>175</sup> FERRAJOLI, LUIGI: *El garantismo y la filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 54.

delito, que pueden o no guardar ciertas similitudes, pero es casi una obviedad que deben de tener diferencias y aquí se expusieron algunas de ellas.

Si la dogmática de Colombia pretende hacer reflexiones sobre el Derecho nacional, entonces debe dar los argumentos que permitan entender cómo es posible que tenga lugar una determinada interpretación *según el Derecho nacional*. Pero no es adecuado entender que las soluciones a los casos vienen dadas por las teorías (generales) que se elaboran en otros contextos en atención a otros ordenamientos, y que guardan a veces diferencias con los nuestros para nada despreciables. Aquí ha intentado proponerse una solución a ciertos casos, argumentando a favor de una diferenciación entre estado de necesidad justificante y exculpante. Se ha dicho que si el artículo 32 del Código colombiano trae las causales por las que “No habrá responsabilidad penal”, entonces entre ellas puede haber causas de atipicidad, de justificación y de inculpabilidad<sup>176</sup>, y queda en cabeza del intérprete la posibilidad de proporcionar la solución que estime correcta, si es que ha de decantarse por una, *decidirse* por una. ¿Cómo habrá de establecerse si es una causa de justificación o de inculpabilidad? Es algo que sólo puede dejarse al ámbito creativo del intérprete, pues el Derecho vigente no determina una respuesta unívoca.

En fin, se reitera, la propuesta de atender al texto legal no obedece a una obsesión literalista, o a un fetiche *formalista*, como se suele tildar a todo aquél que pretende hacer valer las palabras de la ley, con todo y las dificultades que el lenguaje siempre presenta. Si algún mérito puede tener un método consistente en poner como punto de *partida* el texto legal, ese es precisamente el de *partir* de un mismo punto, el de tener un denominador común en razón del cual se produzcan las polémicas. Pero si la doctrina hubiera de andar buscando en otros lugares, como en la doctrina extranjera o en la naturaleza (de las cosas), la *verdadera*

---

<sup>176</sup> Incluso, algunos numerales no se refieren a causales de ausencia de responsabilidad, como serían el numeral 10, el numeral 11 inc. 2º, etcétera. Todo esto ha sido subrayado ya por SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME: Ob., cit, p. 6.

esencia de los conceptos jurídico-penales, entonces será bien difícil llegar a acuerdos sobre las soluciones jurídicas a los problemas que pretende resolver – con o sin éxito- el Derecho penal. No se exalta el método que atiende al texto legal porque sea más justo que otro cualquiera. Por supuesto que es un método influenciado por valores importantes, como pueden ser la democracia o la seguridad jurídica; pero también los demás métodos garantizan valores de justicia, o equidad según el caso<sup>177</sup>. Además, suena por lo menos extraño que una manera de aproximarse al entendimiento de lo que dispone la ley pueda decirse que es justa o injusta antes de saber qué es lo que dice la ley; porque si lo que prescribe la ley es justo, no parece posible decir que es injusto el método literal, o que es justo el método que desatienda sus palabras; y viceversa. Un método formalista no tiene un valor material en sí mismo, sino que depende de la ideología a la que sirve, del Derecho al que sirve<sup>178</sup>. Por lo demás, vale aclarar que hay ocasiones en que los resultados de la utilización de un método interpretativo como el semántico se ven superados en cuanto a corrección por otros métodos que *prima facie* tienen un menor valor. En nuestro país es corriente que la ley se utilice sólo para ratificar lo que viene dado por la Teoría General del Delito, y por ello la alusión a las esencias parece una salida bastante frecuente cuando los textos legales se resisten a ofrecer determinada solución. Sin embargo, esa alusión a las esencias - que bien entendidas no son otra cosa que aquellos conceptos prefigurados por una supuesta Teoría General del delito- no da cuenta de una de las condiciones principales de la argumentación racional que es la de “tomar en consideraciones *todos* los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse por su forma entre los cánones de interpretación”<sup>179</sup>. Es de esperarse que se tache de exégeta o de formalista a ultranza a quien propone partir del texto legal en cualquier polémica, y es cierto que algún acento formalista hay en esa propuesta;

---

<sup>177</sup> ALEXY, ROBERT: Ob., cit, p. 237.

<sup>178</sup> BOBBIO, NORBERTO: *El problema del positivismo jurídico*, Trad. Ernesto garzón Valdés, Séptima edición, México, Distribuciones Fontamara, 2001, p. 31.

<sup>179</sup> ALEXY, ROBERT: Ob., cit, p. 240

pero si bien se ve el formalismo “es como el diablo: menos feo de lo que lo pintan”<sup>180</sup>.

---

<sup>180</sup> Idem, p. 34.

### **III. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN**

#### **1. INTRODUCCIÓN**

Hasta ahora el trabajo ha consistido en mostrar una historia: la de las soluciones que el Derecho le ha dado a ciertos conflictos (que la doctrina ha llamado situaciones de necesidad). Claro, no ha sido simplemente el recuento de unas legislaciones y sus interpretaciones, sino que también han tenido lugar –a propósito- algunas reflexiones de orden metodológico, es decir, consideraciones acerca de la forma en que la doctrina se ha enfrentado a ciertos problemas y ha propuesto soluciones, y también desde luego, al estudiar la última de las soluciones dadas por la ley a esos casos, han sido hechas, por el autor de éstas líneas, las consideraciones correspondientes de orden dogmático.

Ahora se pretende proporcionar una manera posible de entender el estado de necesidad, que tal vez ha sido sugerida de paso en algún aparte, y estado presente, aunque no de forma explícita, durante todo el texto. Se trata éste de un capítulo que propone una forma de entender el estado de necesidad cuando se comete un hurto llevado por el hambre. No es, vale aclarar, una fundamentación dogmática del estado de necesidad, sino una cuestión más de fondo, que busca el por qué de la existencia de la mencionada institución, y se toma como pretexto el hurto famélico. Claro, no es que hubiera de darse la fundamentación exclusiva para el hurto famélico, válida solamente a su respecto e inválida para los demás



casos de estado de necesidad, sino que el hurto famélico se toma como un ejemplo para proponer otra manera de entender el estado de necesidad; concretamente, como técnica de protección.

## **2. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN**

Como fue señalado en el capítulo anterior, el Derecho colombiano, en varios documentos normativos, enuncia el derecho a la alimentación, el derecho a una alimentación adecuada, como derecho de todas las personas. Pero no sobra recordarlo.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece en el artículo 11 “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso *alimentación*, vestido y vivienda *adecuados*, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes *tomarán medidas apropiadas* para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento” (Subrayas añadidas). Y en el numeral 2 reconoce “el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre”.

También el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, o “Protocolo de San Salvador”, establece, en el artículo 12, el “Derecho a la alimentación”, y dice: “1. Toda persona tiene derecho a una *nutrición adecuada* que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual” (Subrayas añadidas).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos hace lo propio, en el artículo 25, cuando preceptúa: “1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la *alimentación*, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales *necesarios*” (Subrayas añadidas).

Finalmente, en la “Declaración de la Cumbre Mundial sobre la Alimentación: *cinco años después*”, se reafirma “el derecho de toda persona a tener acceso a *alimentos sanos y nutritivos*” (Subrayas añadidas).

Ahora bien: habiendo puesto de presente que son varios los documentos normativos que consagran o “pretenden” el derecho a la alimentación, y en algunos casos se lo llama “derecho fundamental”, y en otros simplemente “derecho a”, vale la pena hacer una aclaración que podría entenderse mejor si se toma la distinción que propuso en su momento AMARTYA SEN para caracterizar, justamente, el derecho a no tener hambre.

Efectivamente, el Premio Nóbel indio introduce la distinción entre *derechos* a algo, y *metaderechos*. “Un *metaderecho* a algo  $x$  puede ser definido como el derecho a tener *políticas*  $p(x)$  que persigan genuinamente el objetivo de hacer realizable el derecho a  $x$ ”<sup>181</sup>. Un caso claro de un *metaderecho* se podría encontrar en la Constitución de la India que se adoptó en 1950: “El Estado debe, en particular, dirigir sus políticas al aseguramiento de que todos los ciudadanos, hombres y mujeres por igual, tengan derecho a unos medios adecuados de subsistencia”. No cabe duda de que las personas regidas por el Derecho de la India, según esa normativa, sólo podrían exigir jurídicamente que las políticas del Estado se dirigieran a asegurar unos medios adecuados para la subsistencia; pero

---

<sup>181</sup> SEN, AMARTYA: *El derecho a no tener hambre*, Trad. Everaldo Lamprea Montealegre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 15.

no tendrían fundamentos normativos si exigieran, directamente, los medios de subsistencia. Por eso dice el propio SEN, respecto de la norma:

“La redacción fue lo suficientemente cuidadosa para evitar aseverar que tal derecho existe de antemano, al decir tan sólo que las políticas deben ser dirigidas a hacer posible tener medios adecuados de subsistencia como derecho. Si éste metaderecho fuera aceptado, entonces el efecto no sería el de realizar el “derecho a unos medios adecuados de subsistencia” –aun como derecho abstracto y de trasfondo-, sino el de dar a una persona el derecho a exigir que tal política sea dirigida a asegurar el objetivo de hacer del derecho a medios adecuados un derecho realizable, aun si ese objetivo no puede ser inmediatamente alcanzado. Es un derecho de distinto tipo: no a  $x$  sino a  $p(x)$ . Propongo llamar el derecho a  $p(x)$  un *metaderecho* a  $x$ ”<sup>182</sup>.

Pero, ¿cuál es el interés teórico de la distinción? Quizás en una concesiva forma de teorizar sobre el derecho, SEN admite que hay países en los cuales cunde la miseria, y en los que, por tanto, no existiría forma de liberar a sus habitantes de la pobreza, por lo menos en un futuro inmediato. Pero sí sería posible, dice SEN, garantizar que las políticas estén orientadas por esa finalidad. En ese contexto tendrían sentido los *metaderechos*.

Si se tiene en mente la distinción esbozada y con ella de presente se trata de interpretar nuestro Derecho, parece que podría existir una posibilidad semántica para decir del derecho a la alimentación, a no tener hambre, que es un *metaderecho*. Ya se sabe que los tratados internacionales se refieren de manera reiterada al elemento de la progresividad. Es decir, se refieren a esa cláusula tan discutida en los espacios políticos, pero no tanto en los académicos, formulada de maneras diversas pero con idéntico sentido. Por ejemplo, el artículo 11 del Pacto

---

<sup>182</sup> Idem, pp. 15 y 16.

Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ya citado dice en toda su extensión:

“Artículo 11. 1. Los Estados partes en el Presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes *tomarán medidas apropiadas* para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”.

Se subraya aquello de “tomarán medidas apropiadas”. Y aún, el artículo 2 del mismo Pacto dispone “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”. En otras palabras, los tratados internacionales parten de la base de que las condiciones económicas de todos los Estados no son las mismas, y que sería improcedente obligarlos a cumplir cabalmente con los derechos prestacionales plasmados en los instrumentos, siendo que existen imposibilidades materiales de hacerlo. Sería verdaderamente imposible, por ejemplo, que se exigiera de Colombia que proporcionara viviendas a todos sus habitantes.

Sin embargo, ya se mostró que se reconoce el derecho a la vivienda, así como también el derecho a la alimentación. Y se establece como derecho subjetivo humano. Claro, y según una propuesta interpretativa, al mismo tiempo se lo caracteriza como un *metaderecho*. Aunque la verdad es que eso no tiene que ser así para todos los casos. Vale decir que no por estar en los tratados aquello del

cumplimiento progresivo, o de que “teniendo debidamente en cuenta la economía nacional” se puede afirmar que el derecho a la alimentación sea un *metaderecho*.

Si se mira más detenidamente, ¿cuál puede ser la razón que está detrás de un metaderecho? Es decir, ¿por qué es importante que las políticas se dirijan a proporcionar una nutrición adecuada a las personas? Siempre podrá responderse que aquello que está detrás de ese *metaderecho* es una decisión política y nada más. Y frente a eso sólo quedaría objetar que no se pregunta por la *causa* sino por la *razón* justificatoria, precisamente, de esa decisión. La razón justificatoria más plausible es la de que existe una necesidad básica que debe ser satisfecha<sup>183</sup>, que podrá llamársela derecho subjetivo o no según otros argumentos que se aporten. En el Derecho colombiano, parece posible encontrar otros enunciados que avalarían una interpretación contraria; esto es, argumentos para sostener que el derecho a la alimentación es –aunque suene redundante– un derecho a la alimentación, no un derecho al diseño de políticas alimentarias. El principal de ellos: los demás instrumentos internacionales, que no son tan equívocos como el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dicen, como la Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 28, que “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan *plenamente* efectivos” (subrayas añadidas), y si bien se recuerda, el artículo 25 del mismo tratado establece que “en especial” debía garantizarse el derecho a la alimentación. Además, la propia Constitución política funda la República en el respeto a la dignidad humana, que es, en definitiva, la razón por la cual los Estados Sociales de Derecho protegen ciertas necesidades básicas del hombre, como la salud, la educación, el trabajo y la alimentación<sup>184</sup>, y la mera obligación de dirigir en un

---

<sup>183</sup> Desde el punto de vista de la fundamentación de los derechos sociales, ha sido la de la satisfacción de las necesidades básicas una de las que se ha estimado como más plausible. Véase BERNAL PULIDO, CARLOS: “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”, en *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 292-301.

<sup>184</sup> BOBBIO, NORBERTO: “Derechos del hombre”, en *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 541.

sentido específico las políticas públicas sería un pequeño paso para alcanzar tan ambiciosa promesa.

En fin, para lo que atañe a este trabajo, se entenderá que las exigencias concretas que pueden desprenderse del derecho a la alimentación no se reducen a contar con políticas públicas. Naturalmente, con ello no se quiere decir que el derecho no esté comprendida también la posición jurídica a exigir la expedición de políticas públicas en ese sentido; tampoco que todas las prestaciones que supone sean justiciables en cualquier momento y sin ningún condicionamiento. Es posible, incluso, que debido a razones de orden presupuestal o administrativo no se puedan incoar acciones para proteger el derecho a la alimentación si no hay un desarrollo legal en ese sentido. Y el que eso sea así no cambia en un ápice la calidad de derecho a *x* que tiene el derecho a la alimentación en la concepción de quien escribe este trabajo. Sobre todo porque la disposición de acciones procesales es una cuestión que queda en manos de los legisladores que, en éste respecto, pueden incumplir una obligación de protección. Se aclara, entonces, no es que no existan *metaderechos*; es que el derecho que se tiene a la alimentación no es un *metaderecho*, si no, concretamente, un derecho a algo *x*.

Con todo, eso no dice mucho acerca de las posibilidades que tienen los titulares para proteger la expectativa de comportamiento en que el derecho subjetivo consiste. Si se lograra una aproximación crítica al Derecho, tal vez podría advertirse que el derecho a la alimentación está simplemente enunciado. Atendiendo a la terminología de FERRAJOLI, cuando se mira el sistema jurídico colombiano se encuentra alguna prohibición penal, lo mismo que las obligaciones alimentarias que establece la legislación civil, y que se caracterizarían como garantías del derecho. Pero sigue siendo cierto que, como todo Derecho, el colombiano trae implícita la descripción de un estado ideal esperado por sus

creadores<sup>185</sup> que no siempre termina llevándose a cabo. A veces ni siquiera en una mínima parte, lo que se debe parcialmente a deficientes o inocuas técnicas de protección.

La observación que muchos teóricos han formulado es que con los derechos sociales se da, justamente, aquello de que no logran llevarse a cabo y que se quedan como simples promesas. Esa “ineficacia” de las promesas prestacionales, o quizás mejor, de los derechos sociales (que son, específicamente, la “expectativa de prestación positiva” radicada en sujetos de derecho<sup>186</sup>) se puede deber a múltiples causas. Pero, entre esas causas o factores se encuentra sin duda la deficiente *técnica* jurídica para construir las garantías, las técnicas de protección que los hagan posibles. Es decir, que una de las razones por las cuales los derechos sociales se muestran con poca efectividad, tienen dificultades en la “implementación”, es la carencia de técnicas idóneas de protección, y ello se debe, no sólo a la insuficiencia normativa, sino también a la escasa “producción” adelantada por la ciencia jurídica en este campo.

De hecho, como lo ha puesto de presente FERRAJOLI, el paso que se da – primero en los países desarrollados y posteriormente en los países *en desarrollo*- del clásico Estado de derecho al Welfare State, no se vio acompañado de una construcción teórica -de teoría del derecho- del Estado social. Por lo tanto, la estructura institucional, y dentro de ella la normativa, lo mismo que la ciencia jurídica, siguieron obedeciendo, por una suerte de inercia estructural, a esquemas y “mapas” conceptuales propios de períodos anteriores de la historia constitucional<sup>187</sup>. En consecuencia, si para la garantía de los derechos de libertad era suficiente con un conjunto de límites y de prohibiciones a los poderes públicos,

---

<sup>185</sup> VON WRIGHT, GEORG HENRIK: “Ser y deber ser”, en Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo (Comps.): *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 98 y 99.

<sup>186</sup> FERRAJOLI, LUIGI: “Derechos fundamentales”, en *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Segunda edición, Madrid, Trotta, 2005, pp. 19 y ss.

<sup>187</sup> FERRAJOLI, LUIGI: “El derecho como sistema de garantías”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 60, Medellín, Temis, Enero-Abril, 1999, p. 60.

no ocurre así con los derechos sociales, que imponen, como se dijo, prestaciones positivas a cargo de dichos poderes. En palabras del propio FERRAJOLI:

“La falta de *elaboración* de un sistema de garantías de los derechos sociales equiparable, por su capacidad de regulación y de control, al sistema de garantías tradicionalmente predispuestas para la propiedad y la libertad, representa, en efecto, no sólo *un factor* de ineficacia de los derechos, sino también el terreno más fecundo para la corrupción y el arbitrio”<sup>188</sup> (Cursiva añadida).

En otras palabras, las formas de garantía del Estado liberal de Derecho no son suficientes para garantizar los derechos sociales (o, por lo menos no si no se vuelve la mirada sobre ellas), porque mientras que la violación de los derechos de libertad se manifiesta en actos inválidos, “anulables” jurisdiccionalmente, la violación de los derechos sociales se manifiesta en una *carencia* de actos, y por eso se requieren formas de coerción no siempre accionables<sup>189</sup>.

Y, con todo, los sociales siguen siendo derechos. El derecho a la alimentación sigue siendo un derecho y, a más de todo, humano; aunque no cuente por ahora con tan idóneos mecanismos de protección como los derechos individuales. Al mismo tiempo, esa es la premisa empírica que impulsa a que, con un nuevo paradigma del Derecho, con la constitucionalización de los derechos sociales, las instituciones tradicionales del Derecho positivo traten de ser leídas desde otro enfoque; específicamente, desde el enfoque constitucional. Por eso, si fuera posible esbozar ahora una de las conclusiones que se hicieron en el capítulo anterior esta es que los objetos de protección del estado de necesidad cambian con el cambio de paradigma jurídico. Ya no sólo son los derechos individuales los que se pueden proteger con el estado de necesidad (como la vida o la integridad corporal); también ahora el derecho a la alimentación.

---

<sup>188</sup> Idem, p. 60.

<sup>189</sup> FERRAJOLI, LUIGI: “Derechos humanos, ciudadanía y derechos fundamentales”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Vol. XVII, Nº 31 y 32, Cali, 1995, pp. 74 y 75.



### 3. EL DERECHO SUBJETIVO Y LAS TÉCNICAS JURÍDICAS DE PROTECCIÓN

Cuando KELSEN<sup>190</sup> se dio a la tarea de elucidar los conceptos jurídicos respetando las coordenadas de la Teoría Pura, uno de los objetos de su estudio fue la noción de *derecho subjetivo*. Entre otras muchas observaciones importantes, hizo dos que vale la pena resaltar. En primer lugar, KELSEN<sup>191</sup> advirtió que con el término derecho subjetivo se designan situaciones muy diferentes entre sí. Por lo menos cinco serían los sentidos del término “derecho subjetivo” que alcanzó a distinguir: entendido como mero derecho reflejo de una obligación; como derecho subjetivo en sentido técnico específico, esto es, como poder jurídico que se otorga a un individuo para que, mediante una acción, haga valer el incumplimiento de la obligación dispuesta a favor suyo; como derecho político, que sería el poder jurídico de participar en la producción de normas jurídicas; como libertad fundamental para participar en la producción de normas que “quitan” validez a otras; y como permisión administrativa positiva de realizar ciertas actividades (por ejemplo, la permisión que confiere la licencia para ejercer la profesión de médico).

Pero, en segundo lugar<sup>192</sup>, y ya advertido en lo anterior, KELSEN quiso mostrar que allí donde no exista una acción por la cual hacer valer el incumplimiento de la obligación que se establece a favor del titular del derecho, entonces no podría hablarse de un “derecho subjetivo en sentido técnico específico”. Podrá hablarse,

---

<sup>190</sup> KELSEN, HANS: *Teoría pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, 11ª edición, México, Porrúa, 2000, pp. 138-157.

<sup>191</sup> *Idem*, pp. 156 y 157.

<sup>192</sup> *Idem*, pp. 147 y 148.

ciertamente, de un mero derecho reflejo, pero no de un “derecho subjetivo en sentido técnico específico”.

Con una cruda dosis de realismo, KELSEN nos previene de creer que cualquier enunciado que se precie de conferir un derecho subjetivo, efectivamente lo haga, realmente confiera un derecho subjetivo en sentido técnico específico y no otra cosa distinta (dígase, menos efectiva). También otros han sugerido, como GUASTINI<sup>193</sup>, que allí donde un derecho subjetivo esté desprovisto, huérfano de una acción jurisdiccional o de un mecanismo de protección para hacer valer la obligación que lo haría efectivo, no se puede hablar de un “verdadero derecho”, sino, a lo sumo, de un “derecho sobre el papel”.

Sin embargo, el propio GUASTINI hace una salvedad para nada despreciable. Tras explicar lo que, por lo menos a simple vista, parece tan obvio, como puede ser que una cosa es atribuir un derecho y otra garantizarlo, afirma que para lo primero basta una norma formulada del tipo: “Toda persona tiene derecho a una *nutrición adecuada* que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual” (artículo 12, Protocolo de San Salvador); pero que para lo segundo se precisa disponer de mecanismos de protección del derecho. Y aquí viene la salvedad: esos mecanismos son *regularmente* jurisdiccionales, pero pueden ser de índole diversa<sup>194</sup>.

Así las cosas, si se partiera del análisis kelseniano, esos llamados por la dogmática constitucional, e incluso por las mismas constituciones, como “derechos sociales”, difícilmente podrían seguir siendo llamados “derechos subjetivos”, o “verdaderos derechos”, habida cuenta de que las posibilidades de garantizar por vía jurisdiccional las prestaciones sociales que son su objeto, se reducen a que haya otros derechos individuales que también hayan sido vulnerados o estén

---

<sup>193</sup> GUASTINI, RICARDO: “Derechos: una contribución analítica”, en *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2003, p. 220.

<sup>194</sup> Idem, p. 220.

amenazados (como la vida, la integridad copropal), o netamente a que se desconozca un derecho social desarrollado ya en una disposición legal y se disponga de acción para los casos de su incumplimiento. Pero si no se da lo uno o lo otro, difícilmente podrá hacerse valer el derecho ante una instancia jurisdiccional.

Por esto FERRAJOLI<sup>195</sup> ha propuesto otra teoría de los derechos. Una teoría que no arroje por la borda las conquistas del constitucionalismo del siglo pasado, que serían principalmente dos: la internacionalización de los derechos y la constitucionalización de los derechos sociales. Empero, no es esa la única razón para despreciar la teoría pura de los derechos y ya más adelante se mostrará por qué.

Con todo, los conceptos de la teoría del derecho, las definiciones iusteóricas – a diferencia de las dogmáticas- son estipulaciones cuyo valor depende de su aptitud explicativa de los sistemas jurídicos. De allí que el examen a que debe someterse la teoría de los derechos de FERRAJOLI consiste en conocer si da buena cuenta de lo que son los derechos en un sistema jurídico. Para eso, naturalmente, será preciso saber de manera previa lo que dice la teoría. Entonces enseguida se expondrá brevemente.

### **3.1. La teoría de FERRAJOLI**

Para FERRAJOLI, la teoría kelseniana de los derechos subjetivos se edifica sobre dos reducciones:

- Reduce el derecho subjetivo al deber correspondiente. Es decir, KELSEN entiende que el derecho subjetivo no es algo diferente a la obligación correspondiente; y que, si se hace alusión a un derecho reflejo de la obligación, eso sólo puede tener un valor

---

<sup>195</sup> FERRAJOLI, LUIGI: “Derechos fundamentales”, Ob., cit, p. 45.

expositivo y nada más, pero no un valor científico, pues se crea la apariencia de que hay dos situaciones relevantes, cuando en verdad hay una sola<sup>196</sup>.

- Reduce el derecho subjetivo al deber del juez de aplicar la sanción. Es decir, KELSEN entiende que no hay “derecho subjetivo en sentido técnico específico”, allí donde no existe la acción jurisdiccional para exigir al juez la imposición de la sanción por la violación de la obligación. Es así que dice: “La esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de una obligación jurídica, se encuentra en el hecho de que una norma jurídica otorga a un individuo el poder jurídico de reclamar, mediante una acción, por el incumplimiento de una obligación”<sup>197</sup>.

Esas dos reducciones, empero, obedecerían según FERRAJOLI a dos factores. El primero de ellos sería que la clase de derechos que KELSEN tuvo en mente fueron los derechos patrimoniales. En efecto, en la Teoría pura de los derechos, son los patrimoniales los derechos paradigmáticos. Y eso puede acarrear una cierta confusión, porque en el Derecho se da siempre que entre los contratantes sólo puede hablarse de que uno de ellos tenga un derecho cuando el otro tiene una obligación, y de que el segundo tenga una obligación cuando el derecho positivo dispone de una sanción para el caso del incumplimiento. Por supuesto, además de que en la tradición ius-civilista los derechos van ligados siempre al derecho de acción. El segundo factor estaría en confundir derechos, de una parte, y garantías, de otra.

Por tanto es posible proponer otra mirada. Una mirada que sirva, a la vez que para superar esas dos reducciones, para dar cuenta del contenido normativo que suponen los derechos. Se trataría de entender que es posible la existencia de un

---

<sup>196</sup> KELSEN, HANS: Ob., cit, p. 140.

<sup>197</sup> Idem, p. 148.

derecho subjetivo sin que haya una correlativa obligación, en cuyo caso se estaría frente a una *laguna primaria*; y que es posible la existencia de un derecho subjetivo sin que haya una acción jurisdiccional o una obligación de los jueces de sancionar la conducta contraria de las obligaciones correlativas al derecho subjetivo, en cuyo caso se estaría frente a una *laguna secundaria*.

En definitiva se trata de separar, de entender que es diferente hablar de *derechos*, a hablar de *garantías*. Si pretendiera exponerse más simplemente lo dicho en el párrafo anterior, cuando existe un derecho subjetivo, dos son las clases de garantía de esos derechos: las garantías primarias, entendidas como aquellas prohibiciones y obligaciones correlativas al derecho subjetivo; y las garantías secundarias, comprendidas como las obligaciones de sancionar o anular la violación de las garantías primarias<sup>198</sup>. Los ejemplos que da el autor son bastante elocuentes:

“Por ejemplo, en ausencia del derecho penal no existiría, cuando menos en virtud del principio de legalidad penal, garantía primaria de ninguno de los derechos tutelados por él, a comenzar por el derecho a la vida. De faltar la norma que prohíbe la privación de la libertad sin mandamiento motivado de la autoridad judicial no existiría la garantía primaria de la libertad personal. De forma aún más evidente, en defecto de normas sobre la jurisdicción no existirían garantías secundarias para ningún derecho”<sup>199</sup>.

Ahora bien: si, según se dijo, el valor de las definiciones y de las teorías del derecho depende de la aptitud explicativa de las mismas en relación con el sistema jurídico, entonces sería prudente explicitar mejor cómo puede ser posible que existan derechos sin garantías, como *de hecho* se da.

---

<sup>198</sup> FERRAJOLI, LUIGI: “Derechos fundamentales”, Ob., cit, pp. 45 y ss. Este concepto de “garantía”, desde luego, no es idéntico al sentido liberal, que lo entiende simplemente como *límite al poder*.

<sup>199</sup> Idem, p. 49.

FERRAJOLI lo explica de una manera bastante clara. Parte de la idea de los sistemas jurídicos como sistemas nomodinámicos. Es decir: mientras que en los sistemas nomoestáticos –como la moral, por ejemplo- las relaciones entre figuras deónticas son puramente lógicas: dado un derecho, existe para otro sujeto la correlativa obligación; en los sistema nomodinámicos, en cambio, la existencia de una figura deóntica depende de la existencia de una norma positiva que la prevea, de una norma *puesta* que así lo haga. Por tanto, es posible que exista un derecho subjetivo sin que exista una correlativa obligación: justamente porque falta la norma que así la prevea<sup>200</sup>.

De allí que –se reitera- de faltar una garantía, se trataría de una laguna técnica, primaria o secundaria según el caso, pero laguna. Así como son posibles las antinomias, son posibles las lagunas. Unas y otras son deficiencias del sistema que la ciencia jurídica debe, no solamente señalar, sino además tratar de resolver o de colmar (proponiendo cambios o reinterpretando tradicionales institutos) según el caso.

En fin, el énfasis que quiere hacerse es el de que los derechos, una vez formulados, comportan exigencias de protección; son el primer argumento jurídico para exigir la disposición de técnicas de protección. De allí que se les llame lagunas a los “espacios” en que se advierte la carencia de las *garantías* (de las técnicas de protección). Si puede darse el caso que existan derechos sin garantías, entonces queda descartado que la teoría de los derechos sea una pura descripción de lo que efectivamente se da. Más bien sería una descripción de lo que debe ser, según el Derecho; es decir, se trataría de un enunciado, formulable así: “Según el Derecho, allí donde hay un derecho debe existir una garantía; de lo contrario hay una laguna, una deficiencia”.

### **3.2. Límites de la teoría de FERRAJOLI**

---

<sup>200</sup> Idem, p. 46.

Con todo, una pregunta puede formularse esta teoría: ¿son suficientes esas dos técnicas de protección? Tal vez sea importante reconocer que esas dos son las técnicas más recurridas de protección de los derechos (y por tanto puede dárseles el nombre específico de garantía), pero no son las únicas. Incluso, podría pensarse en que no es conveniente que sean las únicas. Si existen más técnicas de protección, más ingeniosas y garantes, no se vería ninguna razón para despreciarlas.

Pues bien, parece que si se rastrea el Derecho en busca de otras maneras de protección, pueden leerse algunas de nuestras instituciones más tradicionales desde ese enfoque, y, quién sabe, pueden terminar siendo mejor comprendidas de esa manera.

En efecto, el estado de necesidad puede ser visto como una técnica de protección que el Estado deposita en los particulares. Como en este trabajo se trata de elucidar la solución normativa a una constelación más o menos definida, y que no es otra que la justificación de un comportamiento típico (se habla del hurto por hambre), entonces queda referirse a esa solución para tratar de ilustrar cómo puede ser que el estado de necesidad –cuando justifica el comportamiento- sea visto, entendido como una técnica jurídica de protección del derecho a la alimentación.

#### **4. EL HURTO FAMÉLICO (ESTADO DE NECESIDAD) COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN**

##### **4.1. El Estado y el monopolio de la fuerza**

Por circunstancias que no siempre logran entenderse a cabalidad, algunos pueblos conocen fuerzas poderosas que no son las del Estado. Aunque en el transcurso de la historia se haya advertido una paulatina centralización de la fuerza en manos del Estado, hay fuerzas indómitas que tratan de atacarlo, o fuerzas paralelas que actúan con la connivencia de las cúpulas hegemónicas que lo administran (y que bien podrían llamarse para-estatales)<sup>201</sup>, pero que ejercen la violencia sin que el Derecho les haya conferido semejante poder, y por ello justamente es que permanecen por fuera de las vigilancias y de los controles que el mismo Derecho dispone respecto de sus agentes<sup>202</sup>. Son poderes que a veces gobiernan la vida de algunos hombres que habitan ciertos territorios, y determinan que en esos territorios estatales se pierda una de las condiciones que KELSEN<sup>203</sup> y WEBER<sup>204</sup> atribuyeran a los Estados modernos: el monopolio de la fuerza. Tal vez sea cierto aquello de que el Estado, respecto de la violencia, “aunque lo prometa, nunca podría monopolizarla, ni hacerla desaparecer”<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> La presencia de estas fuerzas en Colombia ni siquiera requiere de una observación muy detenida. Sin embargo, son bien importantes los aportes teóricos para la comprensión de éste fenómeno. Véase, por ejemplo, URIBE, MARIA TERESA: “La soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”, en *Estudios Políticos*, N° 13, Medellín, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos, Julio-Diciembre, 1998, pp. 11-41.

<sup>202</sup> La presencia de estas fuerzas en Colombia ni siquiera requiere de una observación muy detenida. Sin embargo, son bien importantes los aportes teóricos para la comprensión de éste fenómeno. Véase, por ejemplo, URIBE, MARIA TERESA: “La soberanías en vilo en un contexto de guerra y paz”, en *Estudios Políticos*, N° 13, Medellín, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos, Julio-Diciembre, 1998, pp. 11-41.

<sup>203</sup> “Si se observa la evolución que el derecho, desde sus primitivos comienzos hasta la etapa que exhibe el derecho de los Estados modernos, ha trascendido, cabe establecer, en relación con el valor jurídico que se va efectivizando, cierta tendencia, que es común a los órdenes jurídicos en los niveles superiores de su desarrollo. Se trata de la tendencia a prohibir el ejercicio de la coacción física, el recurso a la fuerza entre los hombres, en una medida cada vez mayor en el curso de la evolución” dice KELSEN, HANS: Ob. Cit, p. 49; del mismo puede verse también *Teoría general del Derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995, pp. 24 y 25.

<sup>204</sup> Dice, en este respecto: “Éste carácter *monopólico* del poder estatal es una característica tan esencial de la situación actual como lo es su carácter de *institución racional* y de *empresa continuada*”. Véase WEBER, MAX: *Economía y sociedad*, Segunda edición, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997, pp. 43-45.

<sup>205</sup> GALLEGO GARCÍA, GLORIA MARÍA: “Sobre el monopolio legítimo de la violencia”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 66, Medellín, Universidad Eafit, Septiembre-Diciembre de 2003, p. 88.



Pero, aparte de esos casos, existen otros en los que el monopolio de la fuerza, ese mismo que se pretende centralizado, es descentralizado. Es decir, casos en los cuales, a pesar de la pretensión de aglutinar en el Estado el ejercicio de la violencia, pese al propósito de que el Estado sea su único administrador, se radica normativamente, jurídicamente en específicos individuos –que no cuentan con la calidad de órganos especiales- la potestad de ejercerla. No se trata precisamente de órganos especiales, organizados según el principio de división del trabajo, como para que se consideren propiamente y sin discusiones agentes estatales. Muchas veces, esos ejercicios de fuerza de los individuos tienen una circunstancia particular en común: que se producen cuando tiene lugar un hecho antijurídico. Así ocurre, por ejemplo, con la legítima defensa<sup>206</sup>. En esos casos permanece incólume la simplificadora diada de KELSEN, para la cual el ejercicio de la fuerza siempre sería o delito (hecho ilícito) o sanción; *tertium non datur*. Pero hay otros en los que son razones de diversa índole las que avalan el ejercicio privado de la fuerza, como es el caso muchas veces citado del padre que puede ejercer la fuerza sobre su descendencia. Así, ha sido expresado:

“Hay además usos de la violencia que no están encabezados por los gobernantes pero que son permitidos por éstos: la violencia más o menos ilimitada que el padre puede usar en el poder coercitivo sobre el hijo, la violencia ejercida en estado de legítima defensa, etc. Y respecto de estos usos “legítimos” de la violencia [el Estado] tiende a arrogarse un poder de regulación exclusiva”<sup>207</sup>

Casos en los que la fuerza no se ejerce como consecuencia de un actuar injusto; en los que normativamente no se establece como legítimo ejercicio de violencia el que tiene lugar después de un hecho antijurídico. Como otro ejemplo, podría proponerse el del estado de necesidad –en los eventos en que justifica el

---

<sup>206</sup> KELSEN, HANS: *Teoría pura...* Ob., cit, p. 50.

<sup>207</sup> STOPPINO, MARIO: “Violencia”, en Bobbio, Norberto; Nicola Mateucci; y, Gianfranco Pasquino (Dir.): *Diccionario de Política*, Onceava edición, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1998, p. 1629. También lo cita como ejemplo WEBER, MAX: Ob., cit, p. 45.

comportamiento-, que no tiene lugar después de una agresión injusta, o de algún hecho que podamos caracterizar sin problemas como antijurídico. Ciertamente, tiene lugar ante una situación indeseable, de peligro actual o inminente para los derechos propios o los ajenos, pero no ante un hecho antijurídico ¿Entonces por qué se autoriza al individuo, en esos casos, a que ejercite la violencia? Una posible respuesta puede partir de la siguiente pregunta: ¿hasta dónde es legítimo y efectivo que el Estado proscriba el uso de la fuerza para resolver los conflictos?

#### **4.2. La auto-composición de los conflictos**

Dentro de los principios que se toman como punto de partida para explicar la existencia de los procesos jurisdiccionales, está el de la prohibición de autodefensa. Serían posibles muchas otras formulaciones, pero puede darse ésta como satisfactoria: la prohibición de autodefensa significa que, aunque se atribuya por el Derecho la existencia de una expectativa de comportamiento a una persona, no por eso puede esa misma persona hacer valer, proteger dicha expectativa, mediante de la fuerza privada. Los Estados le confieren la facultad de acudir a un tercero revestido de competencia por el propio Derecho (que sería el juez) para que, respetando ciertos procedimientos, provea a la solución de ese conflicto (que se origina en la frustración de esa expectativa de comportamiento). Desde luego, hay excepciones a la prohibición de autodefensa; siendo el caso más claro el de la legítima defensa. Pero ¿es la única excepción?

Por lo pronto, sólo puede acordarse que las prohibiciones de autodefensa alcanzan un mayor grado de eficacia allí donde existen sucedáneos de la misma; allí donde se disponen medios diferentes al uso privado de la fuerza como forma de composición de conflictos; por ejemplo, allí donde exista una jurisdicción. En ese sentido, éste trabajo parte de un presupuesto básico que, entre otros, fue formulado con particular claridad por PIERO CALAMANDREI. Según este presupuesto básico, la prohibición de autodefensa cumple sus fines operativos siempre que “el

Estado ofrezca para reaccionar contra el atropello medios más fuertes y eficaces que la defensa privada<sup>208</sup>. Vale decir, más como una regla técnica que como una reconstrucción histórica o que una prescripción: “a la gradual limitación de la autodefensa, corresponde, en sentido inverso, una gradual extensión y un progresivo reforzamiento de la injerencia jurisdiccional del Estado en la defensa de los derechos privados<sup>209</sup>”.

Así, allí donde el Estado (la jurisdicción) no alcanza a llegar –léase: aquellos conflictos que no alcanza a conocer-, la proscripción de la fuerza no cumple sus fines operativos. Es decir, sería vana, y seguramente ilegítima, la proscripción del uso privado de la fuerza, si la estructura estatal se queda corta, resulta inidónea en la resolución de ciertos conflictos. Y, amén de inidónea, resulta ilegítima la prohibición. O, quizás más que la prohibición de usar la fuerza privada, la sanción con pena de ese ejercicio. Por eso, si lograra acreditarse que hay casos que, por múltiples factores, no pueden hacerse llegar a conocimiento de los jueces, a manos de los agentes que el Derecho mismo dispone como legitimados para resolver ciertos conflictos, entonces habría que preguntarse seriamente si es adecuado prohibir el ejercicio de la fuerza privada en esos casos. Habría que cuestionar cuál puede ser el fundamento de la prohibición, si la hay; porque si no la hay, esto es, si lo que hay es precisamente una excepción a la proscripción del uso de la violencia privada en ciertos casos, la pregunta sería específicamente si existe algún fundamento para esa excepción.

Efectivamente, tras las investigaciones que comienzan con CAPELLETTI en Europa, SANTOS en Latinoamérica<sup>210</sup>, y FELLSTINER<sup>211</sup> y otros en Norte América

---

<sup>208</sup> CALAMANDREI, PIERO: *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Según el Nuevo Código*, Vol. I, Segunda edición, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa-América, 1973, p. 226.

<sup>209</sup> Idem, p. 226.

<sup>210</sup> SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Bogotá, Conciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del

(que se han rotulado con la etiqueta de “Sociología de la administración de justicia”), se ha podido advertir que existen muchos conflictos que, por múltiples razones, no llegan a ser conocidos por la jurisdicción. Existirían eventos en los que, pese a haberse producido un menoscabo o conculcado un derecho, el titular del mismo se tropieza con obstáculos que a veces ni siquiera advierte, o que advierte pero ni trata de sortear, o que trata de sortear pero que no lo logra por ciertas condiciones circunstanciales muchas veces irremovibles. En no pocas ocasiones las causas por las cuales no se alcanzan a conocer los conflictos en la sede jurisdiccional son imputables al propio individuo: temor, desconfianza, ignorancia. Pero también es cierto que, muchas de las veces, se debe a deficiencias estructurales del propio Estado.

De hecho, una de las conclusiones principales de las investigaciones citadas es que esa distancia entre los ciudadanos y la administración de justicia es tanto mayor cuanto más bajo es el estrato social. Las causas de ese *distanciamiento* son, ciertamente, de varias clases: económicas, sociales y culturales. Por ejemplo, por déficit en la educación, los ciudadanos de menores recursos conocen peor sus derechos, y por tanto tienen más dificultades en reconocer que una problemática los afecta; pueden, ya sea ignorar los derechos propiamente tales o los mecanismos para resolver los problemas concretos que los afectan. Aún en el caso de que conozcan los derechos, reconozcan los problemas y sepan los medios para resolverlos –judicialmente, por ejemplo- pueden no activar la maquinaria judicial por no contar con los recursos que exige contratar a un profesional del Derecho, o incluso, por desconocer cómo, dónde y cuándo

---

Hombre Editores, 2004, pp. 85-150; SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *Estado, Derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991, pp. 149-166.

<sup>211</sup> FELSTINER, WILLIAM L. F., RICHARD L. ABEL y AUSTIN SARAT: “Origen y transformación de los conflictos: reconocimiento, acusación, reclamación...”, en García Villegas, Mauricio (Editor): *Sociología jurídica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 39-67.

contactarlo<sup>212</sup>, o simplemente por la desconfianza que le producen las actuaciones estatales, o por temor a represalias, etcétera.

Con todo, es posible hacer abstracción de todos esos obstáculos de comprobación sociológica, y centrarse en un factor relativamente simple de acreditar: se trata del caso más claro, más “palpable” y menos controvertible, de *la carencia de acciones jurisdiccionales*. La distancia que se presenta entre los ciudadanos y la administración de justicia es enorme, y es una distancia que viene dada por las deficiencias del propio Derecho, cuando no se cuenta con acciones jurisdiccionales; justamente, porque confiere derechos pero no dispone de uno de los medios más comunes y más recurridos de protección: el proceso jurisdiccional.

Si no hubiera otras formas de protección de los derechos, diferentes a las que se derivan de un proceso jurisdiccional, en verdad que se dejaría desprotegidos a sus titulares en más de una ocasión. Por eso, parece conveniente que la única técnica de que se disponga para proteger los derechos no sea la técnica procesal, configurada por un sistema de acciones y de órganos con competencia para dirimir conflictos de intereses, según un procedimiento dispuesto por el mismo Derecho. Además, sólo si eso fuera cierto –si fuera cierto que es la procesal la única forma de protección- entonces tendría sentido pleno aquello de que el derecho de acceso efectivo a la justicia se convierte “en un derecho bisagra, un derecho cuya negación acarrearía la de todos los demás”<sup>213</sup>. Pero no ocurriría así si se consideraran otras técnicas; técnicas que se empleen para los eventos en los cuales acudir a la jurisdicción resulta un medio demasiado lejano, o inidóneo; técnicas para casos extremos, para situaciones en las que una acción salvadora es inminente, no da espera.

---

<sup>212</sup> Todo esto lo expone mejor, y con mayor profundidad SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *Estado, Derecho y luchas sociales*, Ob., cit, pp. 157 y ss.

<sup>213</sup> Idem, p. 155.

Si existieran esos casos, en los que una acción salvadora es inminente (precisamente porque el peligro lo es), y para los que no es posible esperar hasta que el poder jurisdiccional del Estado disponga algo efectivo en orden a conjurar el peligro que acecha al derecho, o a que se provean los enunciados normativos que hagan posible el acudir a un juez para salvaguardar el derecho, entonces la prohibición de autodefensa resultaría inidónea, justamente porque los sucedáneos de ella (la jurisdicción) también lo serían. Y no sólo por inidónea debe rechazarse la prohibición de la autodefensa para estas problemáticas. En ocasiones, también por ilegítima (en los eventos en que no se cuente con ningún otro medio menos gravoso que la violencia). Si el Derecho enuncia los derechos y los atribuye a individuos, les confiere jurídicamente esa expectativa de comportamiento, pero no dispone de técnicas para que el individuo exija la realización del comportamiento a que se tiene derecho, entonces está dejando una laguna, una deficiencia normativa que debe tratar de colmarse; y esa laguna no es otra cosa que el indicador de un incumplimiento: el incumplimiento de una obligación. Piénsese en el caso más claro, pero también más atinente a los propósitos de este estudio, de ilegitimidad de una laguna semejante: la desprotección de un derecho humano, como lo es que se tiene a una alimentación adecuada. Un derecho desprotegido es uno más de esos eventos en los cuales diría MARX que los principios y la realidad “se tiran de los pelos”<sup>214</sup>. Sobre todo porque, quizás de forma apresurada, los hombres a veces evalúan el progreso moral de un pueblo atendiendo a los derechos que sus Constituciones consagran. Pero, nuevamente, una cosa es la pretensión (enunciación) y otra la satisfacción (protección). BOBBIO lo ha expresado claramente en un pasaje extenso que a continuación se reproduce:

“Por supuesto, una cosa es la pretensión, justificada incluso con los mejores argumentos, y otra su satisfacción. En la medida que las pretensiones aumentan, su protección se hace cada día más difícil. Los derechos sociales son más difíciles de proteger que los

---

<sup>214</sup> MARX, CARL: “Crítica al programa de Gotha”, en C. Marx y F. Engels: *Obras escogidas*, Tomo III, URSS, Editorial Progreso, 1976, p. 14.

derechos de libertad; la protección internacional es más difícil que la protección en el interior del propio Estado. Se podrían multiplicar los ejemplos del contraste entre el ideal y la realidad, entre las solemnes declaraciones y su puesta en práctica, entre la grandiosidad de las promesas y la miseria del cumplimiento. *Dado que he interpretado la extensión que cobra actualmente el debate sobre los derechos del hombre como una señal del progreso moral de la humanidad, no sería inoportuno repetir que este crecimiento moral se mide no por las palabras, sino por los hechos. De buenas intenciones están empedrados los caminos del infierno*<sup>215</sup> (Subrayas añadidas).

Efectivamente: “la grandiosidad de las promesas y la miseria del cumplimiento”. Porque el incumplimiento de una promesa puede estimarse, en muchos casos, como disvalioso, indeseable; pero cuando la legitimidad de unos poderes se edifica precisamente porque promete a sus súbditos y a la humanidad en general respetar ciertas condiciones mínimas que contribuyan siquiera a una subsistencia digna, y las incumple, entonces, desde luego, el irrespeto de esas promesas debe acarrear la ilegitimidad de esos poderes.

Empero, esa situación debe diferenciarse de otra, concreta también, en que la técnica de protección no sea la jurisdiccional; aunque sí sea, en todo caso, una forma de protección. Porque algunas técnicas tienen sentido, precisamente, ante la ausencia de las técnicas procesales de protección. *Así ocurriría con el estado de necesidad para los casos de hurto por hambre, y así tratará de mostrarse en adelante.* Pero, si de lo que se trata es de elucidar cómo puede ser posible fundamentar el estado de necesidad desde la óptica de las técnicas de protección de los derechos, entonces saber cuáles son las condiciones que exige la ley para que pueda decirse en un caso que el comportamiento típico es justificado o el ilícito impune, porque el agente obró en estado de necesidad, conocer las condiciones legales es el primero de los pasos. Es que si, como a menudo

---

<sup>215</sup> BOBBIO, NORBERTO: “Derechos del hombre”, Ob., cit, pp. 519 y 520.

acontece, se aduce como fundamento del estado de necesidad justificante el *principio del interés preponderante*, es posible que con ello logre decirse por qué es justo el actuar productor de un mal menor evitando uno mayor, o más estrictamente, dar la razón por la cual se puede salvar el interés preponderante. No obstante, siempre quedan preguntas a esa esquemática manera de fundamentación. Por ejemplo: ¿y por qué sólo procede el estado de necesidad si el peligro no es evitable de otra manera? Y, con mayor cautela, ¿por qué debe tratarse de un peligro actual o inminente?

En otras palabras, si no se subraya el hecho de que cabe hablar de estado de necesidad sólo si se trata de un peligro actual o inminente, además inevitable de otra manera, etcétera; si no se tienen en consideración esas dos exigencias, por lo menos, se ensombrece el objeto de estudio. Porque afirmar que el estado de necesidad se fundamenta en la protección del interés preponderante no es incorrecto; pero decir solo eso, sí lo es. Por lo demás, si ése solo es el fundamento, ¿no sería razonable que el Derecho avalara esa forma de actuar aunque existiera una posibilidad de exigir jurisdiccionalmente, por ejemplo, una ración diaria de alimento? O, incluso, puede preguntarse, ¿por qué no permitir que el estado de necesidad tenga lugar cuando el peligro de desnutrición sea remoto? Claro, siempre podrá responderse: porque así lo exige la ley. Pero las preguntas son más de fondo; los interrogantes se formulan al fundamento de lo que dice la ley. Adicionalmente, si el fundamento parece espurio, y sus elementos arbitrarios, existirían importantes argumentos para sugerir un cambio jurídico positivo. No debe olvidarse que definir es ante todo establecer selecciones. Por eso cuando a Lord Henry, el epigramático personaje de OSCAR WILDE, se le pregunta “¿Qué eres, entonces?”, responde certeramente: “Definir es limitar”<sup>216</sup>.

En efecto, bien se sabe que las definiciones del legislador –que en esto no se diferencian de cualquiera otra definición- son “primariamente una cuestión de

---

<sup>216</sup> WILDE, OSCAR: *El retrato de Dorian Gray*, Bogotá, Oveja Negra, 1982, p. 241.



trazar *límites* o *discriminar* entre un tipo de cosa y otro, que el lenguaje distingue mediante una palabra separada”<sup>217</sup> (Subrayas añadidas); y si se hace énfasis en lo de “discriminar” es precisamente porque también en las definiciones de la ley se producen discriminaciones. Por eso no es raro que se haya dicho que “toda definición sea odiosa porque acota y, por ende, separa y, al procurar explicar el universo abarcado, condiciona al mismo tiempo un infinito campo de ignorancia”<sup>218</sup>. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el lenguaje natural no técnico, que está sometido a la difícilmente controlable convención de una comunidad de hablantes, si la discriminación de una característica en la definición legal no se encuentra justificada, esto es, si no se aportan razones suficientes para justificar la discriminación, entonces puede impugnarse la legitimidad<sup>219</sup> de esa exclusión, y proponerse el cambio. Así, podría impugnarse, por ejemplo, la legitimidad de la definición de matrimonio que trae nuestra legislación civil, aduciendo que la discriminación de los acuerdos entre parejas del mismo sexo no se encuentra justificada, ya que dice la ley: “El matrimonio es un contrato solemne por el cual un hombre y una mujer se unen con el fin de vivir juntos, de procrear y de auxiliarse mutuamente” (Artículo 113, Código civil). Lo mismo, si en el estado de necesidad se separan los peligros remotos de los peligros inminentes, habrá qué preguntarse por la razón que subyace a esa discriminación. Si no hay razón – se repite- entonces habría un argumento importante para impugnarla.

Entonces, se reitera, cuando se afirma a secas: “Pese a que son diversos los principios formulados por la doctrina para explicar la razón de ser de esta

---

<sup>217</sup> HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, Trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 16.

<sup>218</sup> ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL; ALEJANDRO ALAGIA; y, ALEJANDRO SLOKAR: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 4.

<sup>219</sup> Por lo demás, es conveniente tener en cuenta la diferencia que se ha venido aceptando entre validez (jurídica) y legitimidad. Para esta diferencia puede verse a LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA: *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, pp. 249-251.

institución, en la actualidad se basa en el *principio del interés preponderante*<sup>220</sup>, realmente se omite una parte muy importante de la figura. Y esa omisión puede venir acompañada de un oscurecimiento del problema. Igualmente ocurre cuando se afirma que ante estos eventos al Estado “no le queda otro camino que la *tolerancia* y la *resignación*”<sup>221</sup>, como quiera que sigue sin responderse a la pregunta de ¿por qué debe tolerarse el uso de la fuerza privada? Si es porque, como lo sugirió REYES ECHANDÍA, “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”<sup>222</sup>, tampoco se da respuesta a la pregunta de ¿por qué el “conglomerado social” respondería de esa manera en esos casos y en otros no (como en los que puede acudir a terceros institucionales)?

Por tanto, antes de cualquier intento de fundamentación deben ponerse de presente las exigencias legales de que se habla. Así, el artículo 32 del Código penal dice: “No habrá lugar a responsabilidad penal cuando: (...) 7. Se obre por la necesidad de proteger un derecho propio o ajeno de un peligro actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontar”.

Entonces, si se tratara de retomar lo dicho hasta ahora, hay un principio del que se parte en los Estado modernos: el paulatino monopolio de la fuerza. Eso supone la prohibición de autodefensa, la cual tiene algunas excepciones para las que, precisamente, debe buscarse alguna explicación. La legítima defensa, por ejemplo, tiene lugar después de un actuar injusto, lo que no ocurre con el estado

---

<sup>220</sup> VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Manual de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Temis 2002, p. 376.

<sup>221</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO: *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*, Segunda Parte, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003, p. 175.

<sup>222</sup> REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *La antijuridicidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974, p. 73.

de necesidad. ¿Cómo puede decirse, pues, que en esos casos haya una excepción a la prohibición de autodefensa?

Aquí ha tratado de sugerirse que, si el estado de necesidad se regula como un obrar “por la necesidad de *proteger un derecho propio o ajeno*”, eso quiere decir que es una técnica de protección del derecho. Pero ¿por qué debe tener lugar el estado de necesidad sólo cuando el peligro amenazante sea *actual o inminente*?

También se han proporcionado argumentos tendientes a mostrar que esas dos exigencias tienen sentido por la carencia (o inidoneidad) de acciones jurisdiccionales, de actos que activen las protecciones del Estado (regularmente puestas en marcha por las decisiones del poder jurisdiccional), ya que si se tratara de peligros pretéritos, la jurisdicción resultaría inane y la autodefensa exagerada; si de peligros lejanos, la jurisdicción resultaría idónea y la autodefensa apresurada y riesgosa; si de peligros actuales o inminentes, la jurisdicción –allí donde pueda ponerse en marcha- resulta demasiado lejana, y la proscripción de la autodefensa inoperante. Y hasta este punto se ha logrado un cierto avance.

Pero, por otra parte, a la exigencia de que el peligro “no sea evitable de otra manera” la mejor lectura que podría dársele sería vinculándola a la noción general del estado de necesidad como un ejercicio de autodefensa, de violencia privada. Aunque, no por verla de esa manera quiere significarse que ella pueda tener lugar sin restricciones. Precisamente al ser el principio la prohibición de autodefensa y la excepción la violencia privada para proteger derechos propios, el Estado determina las condiciones en las cuales se puede ejercer la fuerza. En este caso, el requisito de que el peligro “no sea evitable de otra manera”, alude, no sólo a que deba buscarse algún medio no lesivo (como podría ser huyendo, en el caso de un peligro contra la integridad), sino también el menos lesivo entre los lesivos<sup>223</sup>, todo lo cual tiene sentido si se advierte que el estado de necesidad, a diferencia de la

---

<sup>223</sup> ROXIN, CLAUS: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 681 y 682.

legítima defensa, no procede frente a la agresión injusta, sino que es un obrar sobre bienes tan protegibles por el Derecho como los derechos del necesitado. Desde esa óptica cobra sentido, no sólo la subsidiariedad –requisito del que se habla-, sino también la proporcionalidad<sup>224</sup>.

Mas, hasta el momento ha tratado de darse cuenta de por qué tiene sentido exigir un peligro contra un *derecho*, además que sea *actual* o *inminente*, *inevitable de otra manera*. Pero ¿por qué no debe tenerse el deber jurídico de afrontar el peligro? En otras palabras: si alguien tiene el deber jurídico de afrontar un peligro, ¿por qué no puede invocar el estado de necesidad? Ya parece haberse avanzado en esta respuesta. En este caso, se estima que, autorizar la autodefensa aun en aquellos que se obligan a afrontar el peligro, termina siendo una incompatibilidad insalvable. Porque si el estado de necesidad es una técnica de protección, eso quiere decir que, quien se obliga a exponerse a un peligro para proteger los derechos de otros, está renunciando a ciertas técnicas de protección, justamente para poder proteger a otros. Siendo que el estado de necesidad es un conflicto entre un derecho y cualquier bien jurídico, de darse el caso que se conserven en el obligado las técnicas de protección propias de las demás personas, la obligación deja de tener sentido porque ante cualquier peligro se podría hacer valer la protección –incumpliendo, desde luego, el deber contraído-.

Finalmente, el peligro no debe haberse provocado de forma intencional o imprudente. La verdad es que este no es más que otro límite para el ejercicio de la autodefensa. Aunque en este punto es importante recordar lo dicho en el capítulo anterior: cuando el peligro, sea el que fuere –intencional o imprudente- haya sido conjurado produciendo un mal menor que el evitado (dentro de lo que se considera, entonces, sólo el peligro intencional de buena fe), puede haber estado de necesidad justificante; en cambio si el mal que se produce es igual al evitado,

---

<sup>224</sup> LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: “Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo”, en *Enciclopedia Básica Penal*, Granada, Comares, 2002, p. 672.

entonces sí debe concurrir un peligro ajeno al titular de los derechos que se protegen; vale decir, un peligro que no haya sido provocado intencional o imprudentemente. Aquí vale lo citado en el capítulo anterior, y formulado por BUSTOS y HORMAZÁBAL, aunque en diferente contexto:

“este requisito [de la intencionalidad] determina la penalización, aunque atenuada si concurren los demás requisitos, si el que actúa en estado de necesidad ha provocado él mismo la situación de necesidad. El sujeto, en estos casos, no actúa para salvar el interés más importante ni tampoco en una situación de conflicto, sino a partir de una posición de poder provocada por él mismo. Invocar en estas situaciones el estado de necesidad implicaría un intolerable abuso del derecho de defensa. De otro modo, la autorización a la defensa se transformaría en una autorización para lesionar bienes jurídicos ajenos”<sup>225</sup> [Paréntesis añadidos].

En efecto, si se permite la defensa de los peligros causados de forma intencional por el sujeto, entonces eso no tiene mayores inconvenientes cuando sea para proteger un interés preponderante (y algunos ejemplos así pudieron mostrarlo); si no es así –como en el caso en que de mala fe se provoque el peligro- se convertiría en una compuerta por donde la excepción (a la proscripción de autodefensa) devendría pronto en la regla. Y, lo mismo respecto de la imprudencia. En este caso, lo importante para determinar la explicación, para dar la respuesta al por qué de la exigencia, es la protección del interés preponderante, que, siendo tratado tan prolijamente por la doctrina, no merece ulteriores consideraciones.

Por último, no está de más insistir en lo que se ha insinuado durante éste acápite, que tiene un propósito bien modesto. Tratar de aportar un fundamento al

---

<sup>225</sup> BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Madrid, Trotta, 1999, p. 147. Se ha dicho que en diferente contexto, porque los autores se refieren a que ése es el fundamento de la exigencia en la justificante.

estado de necesidad no puede agotarse en afirmar, a secas, que es por el principio del interés preponderante. De hecho, la protección del interés preponderante no conlleva muchas dudas: es razonable que se prefiera evitar un mal mayor, aunque sea ocasionando un mal menor; es decir, sacrificar un interés en aras de la protección de otro, cuando éste último sea preponderante. Pero la pregunta sigue en pie: ¿Por qué se puede proteger ese interés acudiendo al *ejercicio privado de la fuerza*?, ¿por qué tiene sentido una excepción al principio de “prohibición de autodefensa” en este caso, siendo que no se produce tras una agresión injusta?

En fin, aunque no se puede negar que las respuestas sugeridas en este trabajo son simplemente tentativas, parece que serían argumentos importantes. Lo que ocurre a veces –quizás con mayor razón en nuestro contexto- es que el de la autodefensa no resulta ser el tópico más cómodo y menos problemático; aunque sí es paradójico que se acepte estudiar los ejercicios de poder del Estado –por la mano de sus agentes-, pero no los ejercicios de poder del individuo que no cuente con las características de agente especial estatal. Si se le mira bien, el estado de necesidad siempre ha sido una manera de auto-defenderse que el Derecho comprendió como una insoslayable y quizás idónea técnica de protección de los derechos. Sin responder concluyentemente a la cuestión de si es esa una forma civilizada o justa de resolver los conflictos, parece que estudiarla sin ambages, intentar mostrarla en su desnuda manera de ser – que no es otra que el ejercicio privado de la fuerza- puede significar un gran avance para determinar por qué sí o por qué no es, específicamente, civilizada o justa. Ciertamente, según se ha mostrado, el estado de necesidad es un ejercicio de violencia –que además puede recaer sobre un inocente-, y como violencia debe tratar de reducirse al máximo, pero no simplemente porque sea violencia se la debe condenar sin más; en efecto, parece tener razón BOBBIO cuando afirma que “Toda condena de la violencia es

estéril si no va acompañada de la búsqueda de medios alternativos”<sup>226</sup>. En estos casos, ¿cuáles son los medios alternativos?

## 5. CONCLUSIONES

Aunque se ha tratado de proporcionar un fundamento, a responder al por qué de ciertos elementos del estado de necesidad, parece que no es posible detenerse a analizar todos con el mismo rigor. El tiempo y el espacio gobiernan los destinos de las investigaciones. En todo caso, además del intento de proponer una nueva forma de entendimiento del estado de necesidad, lo que intentó subrayarse fue que parece insatisfactorio zanjar las discusiones aduciendo fundamentaciones apenas parciales del estado de necesidad; no tanto porque sean parciales, como porque no se reconoce abiertamente que lo son. Para fundamentar por qué el legislador estableció que sólo hubiera estado de necesidad –justificante según la interpretación aquí sostenida- cuando se dieran los requisitos de la ley, a más de la protección de un interés preponderante, no puede, simplemente, afirmarse que es el principio del interés preponderante el que fundamenta el estado de necesidad. Si así fuera, entonces en todos los casos de conflicto donde sea posible salvaguardar un interés en desmedro de otro de menor valor, se podría impugnar la ley y preguntar: ¿por qué aquí no puedo ejercer la fuerza privada?

Por tanto, también aquí la referencia al texto legal es una cuestión ineludible. No es un simple apego formal; es una exigencia metodológica. Cuando el jurista se propone con el discurso tratar de contener la violencia del Estado, debe saber cuándo es que el Estado dice que va a emplear esa violencia y cuándo no; es decir, debe saber lo que dice la ley, lo que dice el texto legal. Esa parece la

---

<sup>226</sup> BOBBIO, NORBERTO: “¿Es una alternativa la no violencia?”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Madrid, Gedisa, 2000, pp. 187-204.

manera menos problemática de llegar a acuerdos. Si algún comentarista empezara a edificar sus teorías sobre sustratos diferentes al que le brinda el Derecho positivo, cualquier posición contraria puede darse el lujo de ni siquiera tocarla. Las teorías del delito debieran ser teorías *del delito* según queda configurado por la ley; no teorías del delito según fuera el parecer del estudioso (lo que no quiere decir que no pueda hacer enunciados normativos).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALÁDAR MÉTAL, RUDOLF: *Hans Kelsen. Vida y obra*, Trad. Javier Esquivel, México, UNAM, 1976.
- ALDANA ROZO, LUIS ENRIQUE: "Algunos aspectos del estado de necesidad", en *AAVV: Las causales de justificación en la doctrina y en la legislación penal colombiana*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1978, pp. 79-96.
- ALEXY, ROBERT: *Teoría de la argumentación jurídica*, Trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo, Madrid, Centro de estudios Constitucionales, 1997.
- ANTÓN ONECA, JOSÉ: *Derecho Penal*, Segunda edición, Madrid, Akal, 1986.
- ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Compendio de Derecho penal*, Segunda edición, Bogotá, Derecho Colombiano, 1978.



- ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Bogotá, S.D, 1962.
- ARENAS, ANTONIO VICENTE: *Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1964.
- ATIENZA, MANUEL: “Diez consejos para escribir un buen trabajo de dogmática”, en *Isonomía*, N° 3, 1995 pp. 223-224.
- BARRERA DOMÍNGUEZ, HUMBERTO: *Delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Temis, 1963.
- BARRIENTOS RESTREPO, SAMUEL: *Elementos de Derecho penal*, Tercera edición, Medellín, Editorial Bedout, 1977.
- BECCARIA, CESAR: *Tratado de los delitos y de las penas*, Novena edición facsimilar, México, Porrúa, 1999, p. 89
- BENTHAM, JEREMY: *Un fragmento sobre el gobierno*, Trad. Enrique Bocado Crespo, Madrid, Tecnos, 2003.
- BERNAL PULIDO, CARLOS: “Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”, en *El Derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, pp. 285-331.
- BOBBIO, NORBERTO: “¿Es una alternativa la no violencia?”, en *El problema de la guerra y las vías de la paz*, Madrid, Gedisa, 2000, pp. 187-204.
- BOBBIO, NORBERTO: “Derechos del hombre”, en *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2003, pp. 511-546.
- BOBBIO, NORBERTO: *El problema del positivismo jurídico*, Trad. Ernesto garzón Valdés, Séptima edición, México, Distribuciones Fontamara, 2001.
- BOBBIO, NORBERTO: *Liberalismo y Democracia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- BOLÍVAR ACUÑA, MIGUEL: *Apuntes de Derecho Penal General*, Barranquilla, S.D., 1976.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HERNÁN HORMAZÁBAL MALARÉE: *Lecciones de Derecho Penal*, Volumen II, Madrid, Trotta, 1999.

- CALAMANDREI, PIERO: *Instituciones de Derecho Procesal Civil. Según el Nuevo Código*, Vol. I, Segunda edición, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediciones Jurídica Europa-América, 1973.
- CANCINO, ANTONIO JOSÉ: *Obras Completas*, Tomo I, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1999.
- CÁRDENAS, PARMENIO: *El Código penal colombiano como estatuto de la defensa social*, Tomo I, Bogotá, Editorial Nelly, 1968.
- CARRIÓ, GENARO R.: *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Cuarta edición, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998.
- CIORAN, E. M.: *Historia y utopía*, Barcelona, Tusquets, 2003, p. 68.
- CONCHA, JOSÉ VICENTE: *La reforma penal en Colombia*, Tomo I, Bogotá, Imprenta Nacional, 1924.
- ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Derecho penal. Parte general*, Segunda edición, Bogotá, Temis, 1986
- ESTRADA VÉLEZ, FEDERICO: *Manual de Derecho penal*, Medellín, Salamea, 1972.
- FELSTINER, WILLIAM L. F., RICHARD L. ABEL y AUSTIN SARAT: “Origen y transformación de los conflictos: reconocimiento, acusación, reclamación...”, en García Villegas, Mauricio (Editor): *Sociología jurídica*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 2005, pp. 39-67.
- FERNÁNDEZ CARRASQUILLA, JUAN: *Derecho penal fundamental*, Tomo II, Bogotá, Temis, 1998.
- FERRAJOLI, LUIGI: “Derechos humanos, ciudadanía y derechos fundamentales”, en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, Vol. XVII, N° 31 y 32, Cali, 1995, pp. 67-83.
- FERRAJOLI, LUIGI: “El derecho como sistema de garantías”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 60, Medellín, Temis, Enero-Abril, 1999, p. 59-77.
- FERRAJOLI, LUIGI: *El garantismo y la filosofía del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000.
- FERRAJOLI, LUIGI: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Segunda edición, Madrid, Trotta, 2005.

- FERRI, ENRIQUE: *Principios de Derecho Criminal*, Trad. José-Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, Reus, 1933.
- FRISCH, WOLFGANG: *Tipo penal e imputación objetiva*, Madrid, Colex, 1995.
- GAITÁN MAHECHA, BERNARDO: *Curso de Derecho Penal general*, Bogotá, Lerner, 1963.
- GALLEGO GARCÍA, GLORIA MARÍA: “Sobre el monopolio legítimo de la violencia”, en *Nuevo Foro Penal*, N° 66, Medellín, Universidad Eafit, Septiembre-Diciembre de 2003, pp. 72-121.
- GIMBERNAT ORDEIG, ENRIQUE: “¿Tiene futuro la dogmática jurídicopenal?”, en *Estudios de Derecho Penal*, Tercera Edición, Madrid, Tecnos, 1990, p. 140 - 161.
- GIRALDO MARÍN, LUIS CARLOS: *Actas del Nuevo Código penal Colombiano. Parte general*, Vol. I, Bogotá, Colección Pequeño Foro, 1980.
- GÓMEZ LÓPEZ, JESÚS ORLANDO: *Teoría del delito*, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2003.
- GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS ARTURO: *Estudios de Dogmática en el Nuevo Código Penal*, Segunda Parte, Medellín, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2003.
- GÓMEZ PRADA, AGUSTÍN: *Derecho penal colombiano*, Bucaramanga, S.D, 1952.
- GUASTINI, RICARDO: “Derechos: una contribución analítica”, en *Estudios de Teoría Constitucional*, México, Fontamara, 2003, p. 213-231.
- GUTIÉRREZ GÓMEZ, JORGE: *Comentarios al Código Penal Colombiano*, Bogotá, S.D., 1940.
- GUTIÉRREZ JIMÉNEZ, LUIS: *Derecho penal especial*, Bogotá, Temis, 1965.
- HART, H.L.A.: *El concepto de Derecho*, Trad. Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998.
- HART, H.L.A.: “Definition and Theory in Jurisprudence”, en *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, 2001, pp. 21-49.
- JESCHECK, HANS HEINRICH y THOMAS WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Quinta edición, Granada, Comares, 2002.

- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: "Hurto famélico y miseria", en *El Criminalista*, Tomo III, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1949, pp. 71-94.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS: *Tratado de Derecho Penal*, Cuarta edición, Buenos Aires, Losada, 1961.
- JOACHIM HIRSCH, HANS: "¿Existe una ciencia del Derecho penal nacionalmente independiente?", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Núm. 5, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2000, pp. 171-187.
- KELSEN, HANS: *Teoría general del Derecho y del Estado*, Trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1995.
- KELSEN, HANS: *Teoría pura del Derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, 11ª edición, México, Porrúa, 2000.
- LAPORTA, FRANCISCO: "Sobre el concepto de derechos humanos", en *Doxa*, 4, Alicante, 1987, pp. 23-46.
- LOPERA MESA, GLORIA PATRICIA: *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO; LUIS RODRÍGUEZ RAMOS; LOURDES RUIZ DE GORDEJUELA LÓPEZ: *Códigos penales españoles*, Madrid, Akal, 1988, p. 167.
- LÓPEZ MEDINA, DIEGO EDUARDO: *Teoría impura del Derecho. La transformación de la cultura jurídica latinoamericana*, Bogotá, Legis, Universidad de Los Andes, Universidad Nacional de Colombia, 2004.
- LÓPEZ, CLAUDIA (Trad.): *Código Penal Alemán*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1999.
- LOZANO Y LOZANO, CARLOS: *Elementos de Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1950.
- LUZÓN PEÑA, DIEGO-MANUEL: "Estado de necesidad y estado de necesidad defensivo", en *Enciclopedia Básica Penal*, Granada, Comares, 2002, pp. 672-679.
- MANZINI, VINCENZO: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo III, Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Ediar, 1949.

- MARTÍNEZ ZÚÑIGA, LISANDRO: *De los delitos contra el patrimonio económico*, Bogotá, Temis, 1980.
- MARX, CARL: “Crítica al programa de Gotha”, en C. Marx y F. Engels: *Obras escogidas*, Tomo III, URSS, Editorial Progreso, 1976.
- MENDOZA, VÍCTOR LEÓN: *Derecho penal general*, Tercera edición, Bogotá, Temis, 1991.
- MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO: *Delitos contra la vida y la integridad personal y delitos contra la propiedad*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1968.
- MESA VELÁSQUEZ, LUIS EDUARDO: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1962.
- MEZA MORALES, FERNANDO: “Estado de necesidad. Naturaleza jurídica. Consecuencias”, en *Estudios de Derecho*, Vol. LVI, N° 127, Medellín, Universidad de Antioquia, Marzo de 1997, pp. 115-121.
- MINISTERIO DE GOBIERNO: *Trabajos preparatorios del Nuevo Código Penal. Actas de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios*, Tomo I, Parte General, Segunda edición Oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1938.
- MINISTERIO DE GOBIERNO: *Trabajos preparatorios del Nuevo Código Penal. Actas de la Comisión de Asuntos Penales y Penitenciarios*, Tomo II, Parte Especial, Segunda edición Oficial, Bogotá, Imprenta Nacional, 1939.
- MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho penal. Parte general*, Sexta edición, Barcelona, Editorial Reppertor, 2002.
- MONROY VICTORIA, WILLIAM: “Causales de exclusión de la antijuridicidad”, en AAVV: *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002, pp. 325-339.
- MUÑOZ, LUIS: *Comentarios al Código Penal de Colombia*, México, Offset Internacional. 1955.
- PERAFÁN SIMMONDS, CARLOS CÉSAR; LUIS JOSÉ AZCÁRATE GARCÍA; e HILDUR ZEA SJOBERG: *Sistemas jurídicos. Tukano, chamí, guambiano Sicuani*, Bogotá, Ministerio de Cultura, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, 2000.

- PÉREZ, LUIS CALOS: *Derecho penal*, Tomo I, Segunda edición, Bogotá, Temis, 1987.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Manual de Derecho Penal. Partes general y especial*, Bogotá, Temis, 1982.
- PÉREZ, LUIS CARLOS: *Tratado de Derecho Penal*, Tomo V, Bogotá, Temis, 1974.
- PORRAS, DEMETRIO: *Proyecto de Código penal. Presentado al Consejo de Estado*, Bogotá, Imprenta de Vapor Zalamea Hermanos, 1889.
- QUINTANO RIPOLLÉS, M.: *Curso de Derecho Penal*, Tomo I, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1963.
- QUINTERO, BEATRIZ Y EUGENIO PRIETO: *Teoría General del Proceso*, Tercera edición, Bogotá, Temis, 2000.
- RADBRUCH, GUSTAV: "Clases de interpretación", en *Relativismo y Derecho*, Trad. Luis Villar Borda, Bogotá, Temis, 1999, p. 43-52.
- RENDÓN, G., GUSTAVO: *Derecho Penal Colombiano*, Medellín, Universidad de Medellín, 1953.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal. Parte general*, Sexta edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1979
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal colombiano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1964.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *Derecho penal. Parte general*, Séptima edición, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1980.
- REYES ECHANDÍA, ALFONSO: *La antijuridicidad penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1974.
- RODRÍGUEZ DEVESA, JOSÉ MARÍA: *Derecho penal español. Parte general*, Octava edición, Madrid, Artes Gráficas Carasa, 1981
- ROMERO SOTO, LUIS ENRIQUE: "Apuntes sobre el estado de necesidad", en *Revista del Colegio de Abogados Penalistas del Valle*, N°2, Cali, 1980, pp. 573-61.
- ROSS, ALF: *Sobre el Derecho y la Justicia*, Tercera edición, Buenos Aires, Eudeba, 2003.

- ROXIN, CLAUDIUS: *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 682-687.
- ROZO ROZO, JULIO E.: *Comentarios de Derecho penal general (I)*, Bogotá, Universidad Santo Tomás, 1978.
- SANDOVAL FERNÁNDEZ, JAIME: “Causales de ausencia de responsabilidad penal”, en *Revista de Derecho*, Nº 19, Barranquilla, Universidad del Norte, 2003, pp. 1-18.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA y MAURICIO GARCÍA VILLEGAS: *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Bogotá, Conciencias, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad de Coimbra, Universidad de los Andes, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores, 2004, pp. 85-150;
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA: *Estado, Derecho y luchas sociales*, Bogotá, ILSA, 1991.
- SEN, AMARTYA: *El derecho a no tener hambre*, Trad. Everaldo Lamprea Montealegre, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2002.
- STOPPINO, MARIO: “Violencia”, en Bobbio, Norberto; Nicola Matteucci; y, Gianfranco Pasquino (Dir.): *Diccionario de Política*, Onceava edición, Madrid, Siglo Veintiuno Editores, 1998, pp. 1627-1634.
- TOCORA, FERNANDO: *Derecho penal especial*, Bogotá, Librería del profesional, 2000.
- URIBE, MARIA TERESA: “La soberanía en vilo en un contexto de guerra y paz”, en *Estudios Políticos*, Nº 13, Medellín, Universidad de Antioquia, Instituto de Estudios Políticos, Julio-Diciembre, 1998, pp. 11-41.
- VARGAS VARGAS, PEDRO: *Derecho penal general. Objeciones jurídico-gramaticales al Código penal colombiano*, Bogotá. Librería El Foro de la Justicia, 1985.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Derecho penal. Parte general*, Tercera edición, Bogotá, Temis, 1997.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, FERNANDO: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Bogotá, Temis, 2002.

- VON KIRCHMAN, JULIO GERMÁN: “El carácter a-científico de la llamada ciencia del derecho”, en *La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 267.
- VON WRIGHT, GEORG HENRIK: “Ser y deber ser”, en Aulis Aarnio, Ernesto Garzón Valdés y Jyrki Uusitalo (Comps.): *La normatividad del derecho*, Barcelona, Gedisa, 1997, pp. 87-112.
- WEBER, MAX: *Economía y sociedad*, Segunda edición, Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997.
- WILDE, OSCAR: “El alma del hombre bajo el socialismo”, en *Obras Completas*, Duodécima edición, Madrid, Aguilar, 1970, p. 1287-1314.
- WILDE, OSCAR: *El retrato de Dorian Gray*, Bogotá, Oveja Negra, 1982.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAÚL: “Política y dogmática jurídico penal”, en *Revista de Derecho Penal*, N° 13, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, Diciembre, 2002, pp. 301-312.
- Zaffaroni, Eugenio Raúl; Alejandro Alagia; y, Alejandro Slokar: *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000.



# INDICE

## REFLEXIONES INTRODUCTORIAS. P.3

### I. HISTORIA DEL HURTO FAMÉLICO EN COLOMBIA. P.8

1. INTRODUCCIÓN. P.8
2. CÓDIGO PENAL DE 1890. P.9
3. CÓDIGO PENAL DE 1936. P.12
  - 3.1. El estado de necesidad en 1936. P.15
  - 3.2. El hurto famélico en 1936. P.23
4. CÓDIGO PENAL DE 1980. P.30
5. REFLEXIONES FINALES. P.40

### II. EL HURTO FAMÉLICO COMO ESTADO DE NECESIDAD.

P.44

1. INTRODUCCIÓN. P.44
2. OBSERVACIONES METODOLÓGICAS PRELIMINARES. P.45
3. ESTADO DE NECESIDAD. A PROPÓSITO DEL HURTO FAMÉLICO. P.53
  - (i) Peligro actual o inminente. P.56
  - (ii) Para proteger un derecho propio o ajeno. P.62
  - (iii) Peligro inevitable de otra manera. P.71
  - (iv) El peligro no puede haber sido ocasionado intencionalmente o por imprudencia. P.72
  - (v) Quien invoca la causal no debe tener la obligación jurídica de afrontar el peligro. P.77
  - (vi) El mal que se ocasiona no puede ser mayor que el evitado. P.78
4. Conclusiones. P.94

### III. EL ESTADO DE NECESIDAD COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN. P.100

1. INTRODUCCIÓN.	P.100
2. CARACTERIZACIÓN DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN.	P.101
3. EL DERECHO SUBJETIVO Y LAS TÉCNICAS JURÍDICAS DE PROTECCIÓN.	P.108
3.1. La teoría de Ferrajoli.	P.111
3.2. Límites de la teoría de Ferrajoli.	P.114
4. EL HURTO FAMÉLICO (ESTADO DE NECESIDAD) COMO TÉCNICA DE PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA ALIMENTACIÓN.	P. 115
4.1. El Estado y el monopolio de la fuerza.	P.115
4.2. La auto-composición de los conflictos.	P.117
5. CONCLUSIONES.	P.129
<b>BIBLIOGRAFÍA.</b>	<b>P.131</b>