

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
CENTRO DE DESARROLLO CIENTÍFICO,
HUMANÍSTICO Y TECNOLÓGICO
CDCHT

LA SITUACIÓN DE NECESIDAD PENAL
DERIVADA DE CAUSAS SOCIALES.

Proyecto "B" Código N° D-275-05-09-B*

Responsable:
Prof. Mireya Bolaños G
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

* Proyecto financiado en su totalidad por el Consejo de Desarrollo Científico, Humanístico y Tecnológico CDCHT de la Universidad de Los Andes bajo el código **D-275-05-09-B**
Este trabajo ha sido aceptado para ser publicado en la Revista CENIPEC N° 29 del año 2010

LA SITUACIÓN DE NECESIDAD PENAL DERIVADA DE CAUSAS SOCIALES.

Capítulo I

- 1.- El dualismo funcional del Derecho Penal ... p 3
- 2.- El delito como unidad ontológico-jurídica sancionable penalmente ... p 9
- 3.- Breve referencia a la tipicidad penal. ... p 12

Capítulo II

- 1.- La antijuridicidad penal como elemento del delito.
La lesión al bien jurídico como su fundamento. ... p 16
- 2.- La ausencia de antijuridicidad penal. Su trascendencia jurídico-penal. ... p 31

Capítulo III

- 1.- El estado de necesidad como institución penal.
Naturaleza jurídica. Tradición dogmática e interpretativa. ... p 35

Capítulo IV

- 1.- La situación de necesidad penal originada por causas sociales y las desigualdades sociales. Legitimidad axiológica de esta propuesta. ... p 50
- 2.- La situación de necesidad penal originada por causas sociales.
Cuestiones político-criminales. Reflexiones finales. ... p 63

- Referencias Bibliográficas** ... p 80

Capítulo I

1.-El dualismo funcional del Derecho Penal.

Ha sido muy larga la discusión de la doctrina penal sobre la función que está llamado a cumplir el sistema de normas penales de un país. La discusión, puede decirse, data del nacimiento mismo de la propia disciplina, surgiendo en el momento en que se aplicó la pena por vez primera dando lugar a las críticas y justificaciones de este fenómeno. A pesar de que han sido muy nutridas las discusiones que se han generado con respecto al tema, hasta la presente fecha aún no se ha conseguido acuerdo, muy por el contrario la discusión abunda y se extiende cuando ésta consigue asidero en el plano sociológico, criminológico, filosófico, deontológico y no solo en el jurídico. Aunque hay algunas ideas que no admiten discusión, como por ejemplo que el Derecho Penal concentra el grueso¹ de las normas mediante las cuales el Estado castiga a los ciudadanos por el hecho de subvertir el orden jurídico, todo ello partiendo de que existe un orden jurídico previamente establecido y que dicha actividad del Estado está controlada por el principio de legalidad penal², no todas las ideas que giran en torno a los fines y funciones tanto del Derecho Penal como de la pena, gozan de la misma suerte.

Dicho esto podría señalarse que la función punitiva del Derecho Penal no estaría tan en discusión como la función preventiva, en la que la discusión de los fines de la pena se ha endosado finalmente al Derecho Penal como ciencia, todo ello en razón de que la pena constituye el medio idóneo mediante el cual el Derecho Penal está llamado a cumplir su

¹ Es de advertir que actualmente la proliferación de leyes especiales que contienen normas sancionatorias en distintas áreas jurídicas ha excluído la posibilidad de señalar que el Derecho Penal tiene actualmente la exclusividad de las normas penales, la promulgación de leyes administrativas que contienen delitos y faltas, así lo demuestra. Hoy en día puede señalarse que el Código Penal escasamente ha devenido en una suerte de ley marco contentiva básicamente de los principios fundamentales en materia penal así como de los delitos tradicionales porque niquiera puede decirse que de los más graves.

² Artículo 2º C.P.V. "Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley ni con penas que ella no hubiere establecido previamente..."

labor. No es posible imaginarse un Derecho Penal carente de la sanción que se debe aplicar en caso de violación de la norma jurídica.

En materia de prevención la ciencia jurídico-penal se ha nutrido de muy buenos aportes tanto de la Criminología como de la Filosofía, en cuyo seno se han desarrollado ampliamente las distintas vertientes de la prevención, vistas y analizadas desde diferentes perspectivas, complicando algunos de sus aspectos, pero al mismo tiempo esclareciendo su relación con el Derecho Penal.

Entre las distintas opciones de la función preventiva tenemos: la prevención especial positiva con la que se pretende la corrección o resocialización³ del reo, la prevención especial negativa que está enfocada a eliminar o neutralizar socialmente al reo, la prevención general positiva cuyo enfoque va dirigido a todos los asociados y pretende reforzar los vínculos sociales y las nociones de orden y finalmente la prevención general negativa que consiste básicamente en intimidar. Estas cuatro vertientes de la prevención se enmarcan dentro de lo que se conoce como justificaciones utilitaristas que se contraponen a las justificaciones retribucionistas⁴ en las que no hace falta justificar la pena pues ella en sí misma es su propia justificación y su aplicación no pretende la obtención de ningún fin ulterior.⁵

Brevemente puede acotarse que la discusión teórica de la pena y su justificación ha sido históricamente explicada desde las doctrinas retribucionistas o desde las doctrinas utilitaristas. En las primeras, también conocidas como doctrinas absolutas, la pena no

³ Hoy en día una corriente de la doctrina jurídica y criminológicas considera que no debe darse a este tipo de prevención una connotación negativa y en lugar de hablar de resocialización debe hablarse de reeducación, terapia o formación laboral.

⁴ En esta vertiente sobresale con mucha evidencia la postura de Kant (1946) según la cual “la pena jurídicamente no puede nunca aplicarse como un simple medio de procurar otro bien, ni aún en beneficio del culpable o de la sociedad, sino que debe siempre serlo contra el culpable por la razón de que ha delinquirido”. Para Kant la pena es un imperativo categórico, esto es, una exigencia incondicionada de la justicia, libre de toda consideración utilitaria.

⁵ Para profundizar sobre estas cuatro vertientes de la prevención, su raíz histórica y su fundamentación jurídico-filosófica ver Luigi Ferrajoli “Derecho y Razón”

amerita ser justificada porque ella es un fin en sí misma y su justificación reposa en su propio valor axiológico intrínseco. Según esta postura la legitimidad externa de la pena es a priori puesto que ella en sí misma no está condicionada por ninguna circunstancia externa, su existencia determinada exclusivamente por la comisión de un hecho delictivo. Según el retribucionismo la fundamentación de la pena está en que es justo devolver el mal cuando se ha causado un mal, pues parten de la creencia de que hay un nexo necesario entre la culpa y el castigo. Según esta tesis la pena es restauración, remedio, reafirmación del orden natural violado, purificación del delito que solo puede restituirse con la aplicación de la pena. Siendo así, esta manera de concebir la pena no aporta nada sobre el por qué la pena debe aplicarse, ni es necesario esclarecer si es necesario e importante castigar. Esta concepción de la pena va aparejada de la noción del delito como un disvalor ético o una violación de deberes, en lugar de ser entendido como violación de normas jurídico penales que protegen bienes jurídicos. La pena y el delito entendidos en tales términos son propios de modelos de Derecho autoritario y caracterizan al Derecho Penal máximo.

En las justificaciones utilitaristas o como también se les llama, doctrinas relativas, la pena es claramente un medio para la realización de un fin utilitario. Fin que debe cumplirse a diferentes niveles, tanto a nivel del individuo delincuente visto como una singularidad, como a nivel de la colectividad. En esta postura la pena no puede justificarse a sí misma porque su justificación reposa en la legitimidad externa, de manera que la pena estará legitimada en la medida en que se adecue a los fines para los cuales ha sido diseñada. La pena tiene como fundamentación servir de tutela a los ciudadanos. En la versión contractualista de esta postura, hay dos versiones, de una parte la que ajusta el fin a la máxima utilidad de los no desviados, es decir, del colectivo, y de otra parte la que justifica el fin como mínimo sufrimiento para la minoría desviada, centrando el interés en los destinatarios de la pena. Para la mayoría de los doctrinarios la

sola presencia de la sanción en la estructura lógica de la norma es indicativo de su función preventiva general positiva⁶.

De allí surgen finalmente las cuatro versiones de la prevención que mencionamos anteriormente. Hoy en día es motivo de discusión que la pena y en consecuencia el Derecho Penal ciertamente cumplan con la prevención general positiva y con la prevención especial positiva.

Si revisamos detenidamente la doctrina patria y extranjera sobre la función dual del Derecho penal, encontraremos que la gran mayoría de autores que han profundizado en el tema respetan la postura de considerar la funcionalidad del Derecho Penal tanto desde la perspectiva punitiva como preventiva. Así lo reflejan conceptualizaciones de autores como Jimenez de Asúa⁷, Rodríguez⁸, Del Rosal, Cuello, Antón, Mezger, Bettiol, Mir, Muñoz, Zaffaroni y Cury por sólo nombrar algunos de los más representativos.

En criterio de estos autores la naturaleza preventiva del Derecho Penal deviene de su propio fin, esto es, del hecho de servir de seguridad y garantía de los valores elementales en los que reposa la convivencia social. Con respecto a la función punitiva, esto es, la imposición de los diferentes tipos de pena como consecuencia directa de la transgresión de normas penales, ha imperado la idea de que esta función nace como una reacción natural de los seres humanos en favor de la convivencia organizada. Esta

⁶ Sobre el particular es ilustrativa la postura de Cury (1992) cuando señala "...El Derecho Penal cumple con su función de preservar los valores elementales sobre los que descansa la convivencia, amenazando con una pena a quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico mediante la realización de una acción". En el mismo orden de ideas Rodríguez (1973) afirma que se trata más bien de una función pedagógica, de una especie de intimidación que actúa como instrumento educador en las conciencias más jurídicas, considerada finalmente como la satisfacción que logra la víctima y los círculos a ella más inmediatos, donde la infracción de la norma tuvo mayor repercusión.

⁷ Es particularmente representativo de esta dualidad prevención-punición el concepto de Derecho Penal de este autor que señala lo siguiente: se entiende por Derecho Penal "el conjunto de normas y disposiciones jurídicas que regulan el ejercicio del poder sancionador y preventivo del Estado, estableciendo el concepto de delito como presupuesto de la acción estatal, así como la responsabilidad del sujeto activo, asociando a la infracción de la norma una pena finalista o una medida aseguradora".

⁸ Rodríguez (1973), Del Rosal (1968), Cuello (1975), Antón (1968), Mezger (1955), Bettiol (1965), Mir (1979), Muñoz (1975), Zaffaroni (1973), Cury (1992).

noción tiene sus raíces en las formas más primigenias del modelo contractualista del Estado moderno, de donde hemos heredado esa forma hipotética de entender el modelo social en el cual los individuos, a cambio de vivir en armonía, ceden al Estado parte de sus libertades a fin de que éste en su condición de administrador de estas libertades, les garantice un ambiente de paz y convivencia sociales⁹.

En el mismo orden de ideas se expresan algunos doctrinarios al señalar que este carácter dual del Derecho Penal no puede desconocerse bajo ninguna circunstancia puesto que más allá de ser su característica distintiva, hace parte de la propia esencia de esta disciplina jurídica. Esto se debe a que el Derecho Penal, está llamado a realizar la delicada tarea de crear condiciones mínimas en las que los ciudadanos se permitan optimizar cada vez más sus condiciones de vida, de allí que se le reconozca a esta ciencia su auténtico carácter sancionatorio al mismo tiempo que preventivo. Esta necesidad de la dualidad prevención-represión en el Derecho Penal la muestra claramente Cuello¹⁰ al señalar que "la pena es siempre retribución. No importa que aspire a una función de prevención general alejando del delito a los miembros de la colectividad por miedo al sufrimiento que inflige o que se proponga la reforma del penado; no obstante estas aspiraciones, la pena siempre conserva su íntimo sentido retributivo, su esencia de castigo...".

Con base a lo antes expuesto la función del Derecho Penal necesariamente debe ser vista bajo la óptica de la sanción y de la prevención al mismo tiempo, concebidas ambas como directrices funcionales del mismo; de hecho, el desarrollo alcanzado por esta disciplina jurídica ha permitido la intervención de nuevos factores que amplían el espectro de consideraciones sociojurídicas que pueden tomarse como base para análisis que superen los propios linderos de la norma jurídica.

⁹ Para ilustrar en profundidad este modelo ver. Thomas Hobbes. *Leviatán: la materia, la forma y el poder de un Estado eclesiástico*".

¹⁰ Cuello, E (1975). *Derecho Penal. Parte General*. Ed. Bosch. España.

Hoy en día se cuestiona tanto el Derecho Penal que no tenga más pretensión que sancionar, como la pena que no aspire nada más que ser impuesta. Por ello el Derecho Penal debe tender a buscar que su existencia y la imposición de sus sanciones apunten en un sentido mucho más social y más humano antes que jurídico. Aunque la discusión sobre las vertientes de la prevención está lejos de terminarse, es claro que el Derecho Penal está llamado a cumplir una función preventiva para no apartarse del esquema del Estado Democrático, social, de Derecho y de Justicia tal como lo establece el texto constitucional vigente.

Punición y prevención conviven simultáneamente en la esencia de esta disciplina jurídica sin desvirtuarse, moldeando el quehacer del Derecho Penal y el sentido de la pena. Así se tiene que al Derecho Penal lo caracteriza su naturaleza sancionatoria representada por la pena en sus normas y está llamado a cumplir una función de prevención a fin de evitar la comisión de futuros delitos. A través del fenómeno preventivo se ha dado participación a nuevos elementos que permiten percibir de forma distinta tanto el fenómeno delictivo como la persona del delincuente. Esto ha dado lugar a medidas o soluciones alternativas que coadyuvan en la idea de un tratamiento socialmente más adecuado al problema de la criminalidad, con el fin de diluir más eficazmente las disfuncionalidades que plantea la realidad social.

Valga destacar la estrecha relación social y política que existe entre el sistema penal de un país, la aplicación de sanciones penales y el sistema político, del cual depende la función que el Estado asignará tanto a las penas como al sistema. De allí que la uniformidad que se ha querido dar al problema de la función de la pena, se presenta como imposible, ya que su existencia y aplicación deben verse desde una óptica relativa, por estar condicionada a la función que le asigne el Estado, toda vez que su función estará determinada por la configuración política que éste adopte¹¹. La pena es el medio

¹¹ Mir Puig, S (1979) "Función de la Pena y teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho" Ed. Bosch. España.

idóneo utilizado por el Derecho Penal para llevar a cabo su función y a su vez el Derecho Penal es el instrumento del Estado para establecer controles y regulaciones en la vida social de los hombres, lo cual significa que el perfil socio-político adoptado por el Estado determinará -entre otras cosas- la esencia, la naturaleza y fin de la pena.

2.1.- El delito como unidad ontológica –jurídica sancionable penalmente.

Abordar este punto exige iniciar el análisis de la noción del delito como una estructura conformada por varios elementos a saber: Acción, Tipicidad, Antijuridicidad, Imputabilidad, Culpabilidad y Pena. El valor de cada elemento reposa en que, en condiciones normales, no es posible designar a un hecho como delito cuando falte alguno de ellos. La esencia del delito reposa a su vez en ser un bloque de unidad que los contiene a todos, en el cual los elementos constitutivos conservan su autonomía e independencia. Entre el delito, visto como unidad ontológica sui generis, y sus elementos funciona una relación dialéctica que se maneja desde el principio de la reciprocidad entre el todo y sus partes, toda vez que cada uno de estos elementos es separable y analizable desde sus singularidad y no por ello deja de hacer parte del todo. Más, si se considera cada elemento por separado su trascendencia para la constitución del delito es ninguna, pues su combinación con el resto de los elementos es la que determina la existencia del mismo.

El ser de cada elemento por separado debe tenerse en función y con base a un todo general que es el delito, visto como unidad óntica única. Y a su vez el todo no es en sí sino a partir de la unión de cada uno de sus elementos. El todo no es posible sin cada una de las partes que lo conforman, no obstante no son el todo, pues cada una de las partes agotaría en su individualidad la esencia del todo, desvirtuándole en su naturaleza. Cada uno de estos elementos guarda independencia dentro de la estructura del delito, ya que es posible separarlos y abstraerlos del hecho, sin que tal sustracción ponga en peligro ni la vida del delito ni la autonomía del elemento en cuestión. Entre los

elementos delito y éste, se da una relación dialéctica que funciona sobre el principio de la reciprocidad del todo y sus partes, esto es, la parte en sí misma concebida individualmente no tiene razón de ser sino como integrante de un todo que a su vez sólo es posible con la participación de cada una de éstas. El todo solo puede concebirse sobre la base de que es el producto de la conjunción de todas las partes que lo constituyen. Por tal razón, las partes no son el todo; conservan su individualidad para hacer posible el todo, pero no fusionan sus identidades con éste porque desaparecerían.

Esta concepción del delito como un todo formado de partes separables y abordables singularmente en su significado y noción jurídico-conceptual, es lo que permite autonomía dogmática a cada una de las partes del delito y esto a su vez nos lleva a la noción de justicia material. En esta noción se concentra el verdadero contenido jurídico-axiológico de elementos del delito como la antijuridicidad, cuyo contenido no puede mostrarse sólo desde una perspectiva formal, sino que más allá de ello, exige un abordaje axiológico. Esta forma de análisis del delito no escinde ni modifica el concepto estructural del mismo, por el contrario participa de la relación armónica que configura su unidad.

El análisis individual de cada elemento de la estructura delictiva le aporta lo relativo a su dinámica interna, mostrando en el interior de cada uno un aspecto positivo y uno negativo. En esta dualidad el aspecto positivo muestra la forma de expresión normal del elemento del delito, en cambio el aspecto negativo muestra una gama de situaciones y circunstancias que al aparecer en el escenario del hecho delictivo eliminan la posibilidad de que surja la responsabilidad penal porque impiden que se materialicen todas las condiciones que se requieren para ello. Tal es el caso por ejemplo de las causas de justificación para la antijuridicidad, las causas de inculpabilidad para la culpabilidad, las situaciones de coacción física o psíquica o los movimientos involuntarios o incoscientes para el caso de la acción jurídico-penal. Estas situaciones o circunstancias impiden que

se cubran las expectativas requeridas por el Derecho Penal para catalogar el hecho como delictivo.

Revisemos ahora cómo esta unidad resulta una conducta sancionable. Desde el nacimiento del Estado liberal-burgués o Estado de Derecho, el Derecho Penal ha representado una forma de regulación y control del comportamiento humano, identificándose con la manera sistemática más idónea utilizada por el hombre para establecer prohibiciones y sanciones a las conductas que atenten contra los intereses fundamentales en los que se sostiene la vida social. Como forma de organización social las sociedades han adoptado sistemas normativos para exponer los valores sociales de mayor relevancia en el mantenimiento de la convivencia y orden social, de allí surgen los sistemas normativos y en tales normas reposa la esencia de los valores de la juridicidad y de la legalidad penal.

La conducta violatoria de las normas es una conducta infractora de la legalidad y por tanto anti-norma dando lugar a la aplicación de la sanción penal; es decir, la conducta del hombre se transforma en conducta delictiva o delito. La conducta humana como actuar del ser humano se convierte entonces en una conducta sancionable conforme el sistema de normas bajo cuya óptica se valora. Zaffaroni¹² es del parecer que no existe una conducta distinta a la conducta humana concebida desde el punto de vista óntico-ontológico y que es esta conducta la que el Derecho Penal toma para valorar y sancionar si fuere el caso¹³.

La creación del sistema normativo punitivo es producto de un proceso de valoración jurídica que se da a través de la selección y discriminación de las conductas consideradas contrarias a los valores e intereses fundamentales para una sociedad

¹² Zaffaroni, E (1977) Manual de Derecho Penal. Parte General. Revista de Derecho Privado. Madrid.

¹³ En este mismo orden de ideas se expresa Novoa (1980) quien concibe la conducta delictiva como conducta esencialmente humana, prejurídica en cuanto comportamiento del hombre, a lo cual hay que agregar que es jurídica en tanto es sometida al proceso de desvaloración jurídica que la transforma en conducta delictiva.

determinada. Este proceso conlleva a lo que en el Derecho Penal ha dado en llamarse tipificación o criminalización de conductas valoradas socialmente como dañosas.

A fin de cuentas la tipificación de una conducta como delito no es más que su valoración desde una perspectiva que la presenta como una conducta dañina. En este sentido, puede afirmarse que el primer elemento que hace de la conducta del ser humano un fenómeno de interés especial para el Derecho, es el desvalor jurídico que se le asigna y que sirve para determinar su carácter penal, antijurídico y su correspondiente sancionabilidad.

Así, la conducta humana entendida como expresión del libre actuar de los hombres, adquiere relevancia para el Derecho Penal, toda vez que, sometida a la consideración jurídica, transgrede los valores sociales fundamentales expresados en el ordenamiento jurídico y sobre los que se sostiene la posibilidad de convivir. Al ser valorada comparativamente con respecto a tales valores la conducta humana materializa la prohibición legal y es castigada con una sanción.

3.1.- Breve referencia a la Tipicidad Penal.

De los caracteres del delito tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y pena nos interesa resaltar algunas notas de interés de la tipicidad por ser éste el elemento del delito que nos conecta con el sustrato objetivo a partir del cual vamos a trabajar la antijuridicidad penal. Tal como lo hemos indicado, desde el punto de vista doctrinario, la estructura delictiva se construye con estos elementos, indispensables para la existencia de la unidad ontológica que es el delito y la ausencia de alguno de ellos cuestiona el carácter delictivo del hecho. Analizaremos la tipicidad por la importante conexión que guarda con la antijuridicidad y resaltaremos los aspectos que son de interés para la valoración que representa la antijuridicidad. Ésta la analizaremos en un capítulo separado porque sobre ella versa el planteamiento de este trabajo.

El origen de la Tipicidad como noción jurídica, que traduce el principio de legalidad penal dándole el rigor dogmático que le corresponde, puede ubicarse en el surgimiento del movimiento codificador del Derecho Penal, el cual se consolida como producto de la instauración del Estado Liberal-Burgués en el momento histórico de la Revolución Francesa¹⁴. Las transformaciones jurídicas que experimentó la sociedad europea de entonces, apuntaban directamente a su humanización aunado a la necesidad de dar respuesta a las exigencias sociales, que hasta el momento no habían recibido respuesta jurídica satisfactoria. Es así como uno de los cambios más significativos desde el punto de vista social y político que adviene directa consecuencia de este juego de transformaciones sociales fue, la limitación a la facultad estatal de castigar y aplicar penas. Esta limitación toma forma jurídica con el principio de legalidad penal recogido en el aforismo "nullum crimen, nula poena sine lege"¹⁵. De este principio se desprende la garantía criminal que establece que sólo la conducta que haya sido tipificada y recogida en una norma penal bajo la categoría de delito puede ser considerada como tal, la garantía penal que establece que sólo podrán aplicarse las penas que estén expresamente señaladas para el hecho que corresponde y en la cuantía que la norma indica. Cada hecho debe estar acompañado con la sanción que se haya determinado para él conforme al principio de proporcionalidad y finalmente la garantía de ley estricta que establece una prohibición de interpretar analógicamente el hecho a valorar y obliga a someterse de manera irrestricta a la conducta que está descrita en la norma.

Este principio obliga a que la conducta a sancionar sea subsumible en un tipo penal concreto, esto como condición de que sea considerado delito. De no poderse acoplar a la descripción legal éste no puede considerarse delito y no acarreará consecuencia penal alguna.

¹⁴ Díaz, E (1981) "Estado de Derecho y Sociedad Democrática" Ed. Taurus. Madrid.

¹⁵ Jiménez de Asúa, L (1964) El Criminalista. T IV. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires.

Técnicamente, la vinculación que se pone de manifiesto entre el principio de legalidad penal y la tipicidad, entendida como la máxima expresión de las garantías penales, es obvia, ya que la Tipicidad puede considerarse como la concreción del principio de legalidad penal*. La limitación que este principio implica va dirigida directamente al Estado quien no puede dejar al arbitrio de jueces, operarios del sistema de justicia penal o intérpretes de cualquier naturaleza, la creación de delitos y por el contrario deben ceñirse a las descripciones legales contenidas en una norma. Esta limitación redundante positivamente en el conocimiento que debemos tener de la ley penal lo que a su vez reafirma la labor preventiva del Derecho Penal. Mal podemos prevenir una conducta desconocida por sus destinatarios. La Tipificación de los hechos, como fenómeno de descripción legal consigue la abstención de los ciudadanos frente a las conductas penalizadas, -prevención general-, que no puede concebirse desligada de un conocimiento previo sobre las conductas penalizadas por el legislador.

La tipicidad es el elemento del delito, por el cual se ponen de manifiesto las formas descriptivas utilizadas por el legislador para dar a conocer las conductas sancionadas con una pena. La tipicidad es propia del campo penal, toda vez que, como lo establece Jiménez de Asúa, en esta ciencia la tipicidad adquiere un sentido agotador, es decir, las conductas punibles como creaciones del legislados son taxativas, se agotan en los enunciados que contempla la ley¹⁶ .

Hoy en día la Tipicidad se entiende desprovista de toda valoración en cuanto su relación con el delito, fundamentándose en la descripción detallada y clara de conductas que van acompañadas de una pena. Técnicamente consiste en la congruencia o la identificación que logra el hecho delictivo de la realidad y su descripción legal contenida en el tipo. En opinión de Cury el hecho se adecua al tipo, pero no es el tipo, el tipo es la descripción abstracta y formal de los hechos en los que consiste el delito. Es decir, la tipicidad es la

¹⁶ _____ (1964) Tratado de...

cualidad del hecho concreto de conformarse a la descripción legal abstracta trazada por el legislador¹⁷ y de acoplarse perfectamente a ella materializando el delito. He allí la distinción entre el tipo y la tipicidad, a través de la cual se deja ver al tipo como la razón de ser de ésta, y ésta la descripción formal del hecho¹⁸.

La legislación venezolana -cuyos remotos orígenes se ubican también en el movimiento codificador del siglo XIX- establece en el artículo 1º del Código Penal que: “Nadie podrá ser castigado por un hecho que no estuviere expresamente previsto como punible por la ley, ni con penas que ella no hubiere establecido previamente...” Esta norma, en su condición de principio del cual se desprenden distintas garantías debe tomarse en sentido imperativo y el Estado debe garantizar su cumplimiento y aplicación a fin de dar forma a los derechos ciudadanos que de ellas se desprenden.

Siendo que la tipicidad consiste en la adecuación entre la descripción típica y el hecho real concreto, no es plausible pensar en ella si no existe el patrón de comparación que sirve de encuadre al hecho punible y que permitirá determinar si se trata de un hecho típico o atípico. Describir la conducta penal en la ley, significa tener la base conceptual que servirá de marco para ajustar en ella el hecho punible. Sólo en base a esta descripción podrá el hecho adquirir su carácter típico y ser conocido como conducta punible por la sociedad. La ausencia de esta descripción hace que la conducta sea jurídicamente irrelevante.

A criterio de Reyes, la tipicidad cumple primordialmente tres funciones a saber: 1.- Función garantista: que consiste en hacer del conocimiento de todos los individuos los hechos por los cuales pueden ser sancionados con una pena. 2.- Función fundamentadora: la tipicidad constituye el presupuesto o fundamento del delito ya que su ausencia determina la imposibilidad de catalogar como delictiva una conducta. 3.-

¹⁷ Cury, E (1992) Derecho Penal. Parte General. T.II. Ed. Jdca Chile. Santiago de Chile.

¹⁸ Jiménez de Asúa (1964) Tratado de ...

Función sistematizadora: a partir de la tipicidad se logra una visible separación entre la parte general y la parte especial de la Dogmática Penal y a partir de allí las clasificaciones de delitos hasta ahora conocidas¹⁹.

De lo anterior se desprende que la tipicidad como elemento autónomo del delito, no sólo proporcionó claridad conceptual en el cuadro de los elementos del hecho punible, sino que fundamentó las bases para el desarrollo del principio garantista de mayor relevancia en la ciencia penal, como lo es el principio de la legalidad penal.

Capítulo II

2.1.- La Antijuridicidad Penal como elemento del delito. La lesión del Bien Jurídico como su fundamento²⁰.

¹⁹ Reyes, A (1967) La Tipicidad Penal. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

²⁰ Es de advertir que actualmente la doctrina penal universal atraviesa por una discusión de fondo que plantea la posibilidad de que el Derecho Penal tenga como fin último no la protección de bienes jurídicos, entendidos éstos como valores superiores que deben preservarse en el fin de hacer posible la convivencia humana, sino que tenga por fin la protección de la vigencia de la norma jurídico penal. Este planteamiento surge de la caracterización de las sociedades modernas, las cuales en virtud del anonimato y de la incertidumbre que rigen las relaciones interpersonales, se atenta contra la posibilidad de crear un ambiente en el que todos efectivamente respeten las expectativas normativas, generando un clima de confianza generalizado. Para ello se requiere de un orden coercitivo que reconoce en la génesis del orden social a la cooperación, mediante la cual se genera un beneficio común que se obtiene respetando por igual los intereses de todos. En tal sentido, en la idea de que mediante acuerdos inter-subjetivos, los sujetos devienen en auto-legisladores, la obediencia a la norma no es más que la autoreafirmación en la protección del interés personal. Lo que sucede con el fin de proteger la vigencia de la norma es que este fin termina por constituirse en una expresión autoreferente del Derecho, en la que el sujeto normativo se reafirma a sí mismo, sin posibilidad de referencias externas. Entiendo como un fin legítimo del Derecho Penal el mantener vigente en los ciudadanos la seguridad de que sus derechos no serán vulnerados, pero al mismo tiempo, debe velar por el contenido sobre el que versan estas expectativas, es decir, los bienes jurídicos. Las normas pretenden preservar mínimas condiciones de libertad y estados de confianza, sin embargo, más allá de ello es un hecho cierto que las normas son efectivamente vulneradas, de manera que el hecho de generar tal confianza deviene sólo en una creencia, que no es más que una falsa sensación social de seguridad. Por estas razones -que podrían profundizarse ampliamente- me inclino personalmente por la posición tradicional de considerar que el fin último del Derecho Penal debe apuntar hacia la garantía y preservación de bienes jurídicos concretos y de que el delito debe ser fundamentalmente un delito de lesión en lugar de un delito de peligro. Ver. Alcácer R (2003) Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política. Universidad Externado de Colombia. Bogotá

Antijuridicidad es el término que traduce la expresión alemana *Rechtswidrigkeit* que significa literalmente "no es derecho". Su reconocimiento como carácter del delito, se ubica en los orígenes del término como expresión de lo que es contrario al derecho. Su concepción inicial es de naturaleza negativa, ya que sus primeras aproximaciones se dan a partir del señalamiento de la ausencia del injusto en determinados casos tipificados en la ley como delitos²¹.

A Mekel correspondió el mérito de haber sentado las bases de lo que en adelante sería una construcción más sólida y acabada de la antijuridicidad positiva y materialmente concebida²². Posteriormente, Binding realizó el estudio de los conceptos formales del delito, lo que permitió señalar con claridad la naturaleza esencial del acto injusto y punible (antijurídico), que consiste en ser lo opuesto a la norma, concibiendo el delito como violación de ésta y destacando el verdadero sentido jurídico de la infracción, ubicando la Antijuridicidad en un primer plano²³.

El trabajo sistemático y científico de estos autores, sus aportes y análisis a lo que hasta el momento eran ideas sueltas y no muy bien acabadas sobre antijuridicidad, contribuyen a concretar nociones que permiten dar una forma mejor delimitada de este elemento del delito. Esta forma se amplió el espectro en el conocimiento de la antijuridicidad, y se ordenó en cierta manera la información que había sobre ella, lo que aportó claridad al concepto, aunque, como es apenas natural en discusiones y construcciones teóricas, los puntos de vista no siempre son coincidentes y por el contrario su exposición nutre el propio trabajo científico.

²¹ Jiménez de Asúa, L (1964) Tratado de...

²² Idem.

²³A estas primeras aproximaciones acerca de la noción de antijuridicidad, se unieron los aportes de Hertz, Kessler, Fischer, Nathau, Meyer, Dohna, Sauer, Mezger, Wegner y Heinitz, entre otros, logrando, en el primer cuarto del siglo pasado, un considerable perfeccionamiento de este elemento del delito. Luego, sobre esta base conceptual, Liszt creó la noción de antijuridicidad material, consagrándola científicamente, haciendo obligatorio su estudio en tratados y obras penales de la época. Ver Jiménez de Asúa, Tratado de...

Ello no obsta reconocer las posiciones dominantes de la doctrina, admitiendo como elemento constante, en el caso específico de la Antijuridicidad, la antítesis que se pone de manifiesto entre el acto humano y el mandato legal. Sobre esta idea básica giran el resto de las nociones manejadas en torno al tema. La Antijuridicidad debe ser reconocida como la contradicción que se produce entre el hecho y los valores sobre los que se estructura todo el ordenamiento jurídico de una sociedad. En el marco de esta idea el camino que marcara Carrara al señalar que el delito consiste en la contradicción que se produce entre el actuar humano y el Derecho, fue de vital importancia aunque no se le reconocieran sus méritos sino muy avanzado el desarrollo teórico de esta noción de delito.²⁴

Toda esta sistematicidad en el manejo de la información científica sobre la antijuridicidad permitió entender que ella señala la idea de contradecir el ordenamiento jurídico a través de los hechos; lo cual ha servido de base a quienes han expresado que la naturaleza esencial del acto injusto y punible consiste en ser opuesto a la norma²⁵. Carrara²⁶, Mezger²⁷, Reyes²⁸, Cury²⁹, Zaffaroni³⁰ entre otros coinciden en que la Antijuridicidad consiste en una contradicción entre el hecho del hombre y el Derecho y esta contradicción se pone de relieve a partir de una valoración, de allí que se hable de lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración. Para Reyes³¹, se trata de "el juicio negativo de valor que el juez emite sobre una conducta típica en la medida en que ella lesione o ponga en peligro, sin derecho alguno, el interés jurídicamente tutelado en el tipo penal". Ello expresa la contrariedad o el choque que se da entre el delito y el armazón de valores que sostienen el ordenamiento jurídico de la sociedad. Para

²⁴ *Ibidem*

²⁵ *Ibidem*

²⁶ Carrara, F (1988) Programa de Derecho Criminal. Parte General. T VI Ed. Temis. Bogotá

²⁷ Mezger, E (1955) Tratado de Derecho Penal. T.I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.

²⁸ Reyes, A (1981) La Antijuridicidad. Universidad Externado de Colombia. Bogotá

²⁹ Cury, E (1992) Derecho Penal...

³⁰ Zaffaroni, E (1977) Manual de Derecho Penal...

³¹ Reyes, A (1981) La Antijuridicidad...

reafirmar esta idea Gómez³², expone que el juicio de antijuridicidad implica una confrontación de la conducta con todo el ordenamiento jurídico, y no sólo con la ley penal.

Así, la Antijuridicidad constituye una abstracción manifiesta mediante un juicio de valor, que al comparar el hecho con el sistema de valores sociales percibe el choque que se produce entre ambos, materializando lo que la norma prohíbe y transgrediendo así la voluntad del legislador. La expresión más comúnmente conocida de la Antijuridicidad es la forma negativa que corresponde a su carácter abstracto, pues se conoce su existencia en tanto se produzca un hecho contrario a la norma; de no ser así, su percepción se muestra difícil y oscura. Esto ha llevado al legislador a presumir la antijuridicidad sólo en los casos en que se produzcan hechos delictivos. La mayoría de los doctrinarios estima la tipicidad como lógicamente precedente a la antijuridicidad, al punto de llegar a considerarla como su indicio³³. Sobre la base de la noción del tipo se construye la primera forma comparativa entre la norma y el hecho, constatando la negación de ésta frente a aquél, concluyendo que la ausencia del tipo legal imposibilita este primer acercamiento en la percepción de la Antijuridicidad, ya que para poder contradecir el Derecho a través de un hecho concreto, debe existir la norma que lo consagra como delito y que muestra su contradicción con los principios que dieron lugar a la norma.

Adecurar la conducta al tipo, constituye el primer indicio de la Antijuridicidad de la conducta, ya que al tipo penal no corresponde una función meramente descriptiva, sino también valorativa, pues se entiende que al escoger este comportamiento para construir con el una descripción legal y fabricar el tipo penal, el legislador ha considerado su naturaleza contraria al sistema de valores jurídicos. Esta valoración es la que se violenta al desconocer la norma y lesionar el bien jurídico que la norma consagra. La violación de

³² Gómez, C (1993) El Principio de la Antijuridicidad Material. Regulación y Aplicación. Ed. Radar. Bogotá.

³³ *Ibidem*

la norma violenta el bien jurídico y maltrata el principio que da lugar a esa norma.

En el Art. 65 C.P.V el legislador patrio ha establecido expresamente que "no son punibles los actos ejecutados conforme al Derecho"; esto es, en cumplimiento de un deber, en legítima defensa o estado de necesidad. Al establecerse en el concepto de Antijuridicidad que ella se presenta al lesionar o poner en peligro un bien jurídico sin derecho alguno, está dando la base conceptual que el legislador toma para formular negativamente el enunciado legal de la Antijuridicidad, al tomar como punto de partida que no exista "derecho" para lesionar el bien jurídico, ya que de existir tal derecho de lesión, el hecho sería perfectamente antijurídico materializando la transgresión a los valores que marcan la pauta de ese ordenamiento jurídico en particular. Esta base conceptual reposa en la norma jurídica que a su vez es el asiento de la tipicidad penal, de allí la importancia de la conexión que se produce entre tipicidad y antijuridicidad.

De ello se desprende que la antijuridicidad se concreta mediante un juicio de valor y no mediante una conducta. Este juicio de valor manifiesta la relación de contradicción que surge entre los hechos que contravienen el derecho y el derecho mismo como sistema de control sostenido sobre valores. La antijuridicidad no debe reducirse sólo a la expresión de una contradicción o choque con el orden jurídico establecido, por el contrario, su contenido material debe ser cuidadosamente abordado por el legislador, de forma que las causas de justificación puedan legitimarse en razón al restablecimiento del orden social que se quiere preservar, garantizando a los ciudadanos el mayor nivel de bienestar posible.

Esta confrontación no con el orden jurídico establecido sino con el sistema de valores que subyace a él, ha dado lugar a lo que en materia penal conocemos como antijuridicidad material. Tenemos a nivel doctrinario tanto la Antijuridicidad formal como la Antijuridicidad material. Por Antijuridicidad formal se entiende únicamente la contradicción que se produce entre el hecho y la norma, es decir, el choque entre la

realidad y el ordenamiento jurídico; por ello es de tanta relevancia la tipicidad penal porque es el referente normativo que se requiere para hacer tal comparación. Por Antijuridicidad material³⁴ se entiende, el contenido de la relación contradictoria entre el hecho y la norma. Esta perspectiva de la Antijuridicidad exige, no sólo contradecir lo que la norma penal establece sino el ultraje a los valores e intereses sociales que la norma tutela, y que están recogidos por el legislador tanto en las normas de cultura como en las Jurídicas propiamente dichas³⁵.

La noción de Antijuridicidad material va más allá de la contradicción entre dos elementos de una relación, adquiriendo su verdadero sentido en la interpretación y el alcance de los preceptos jurídicos, cuando éstos no han sido formulados en términos lo suficientemente claros, concibiendo la acción punible como antijurídica cuando contradice el Derecho y cuando no aparece como una situación excepcional que da lugar a una causas de justificación. La mera contradicción formal del hecho y la norma se patentiza por la realización del tipo legal; pero una vez excluida la antijuridicidad de un hecho criminoso, éste queda automáticamente encuadrado dentro de los límites de la legalidad formal, perdiendo su carácter contradictorio. Esto implica que en la línea fronteriza entre justo e injusto lo que impera es un principio suprallegal y no un enunciado taxativo expuesto en la ley³⁶.

La Antijuridicidad refiere una especie de disonancia o negación en el campo del Derecho, que alude inequívocamente al actuar humano que contradice valores jurídicos supremos. Esto significa, que tras la creación del Derecho como sistema jurídico de control y regulación, existen valoraciones de la conducta que han llevado al legislador a

³⁴A criterio de Zaffaroni (1977), el concepto de Antijuridicidad material nace de la influencia del positivismo en el campo jurídico a principios de siglo. En esta época el positivismo era concebido desde dos puntos de vista, lo cual dio nacimiento al positivismo jurídico y al positivismo sociológico. La primera de estas corrientes concebía la Antijuridicidad como un concepto legal; en cambio, el positivismo sociológico fue denominado antijuridicidad material, ya que reflejaba todo aquello que era socialmente dañoso, noción a partir de la cual surge el concepto de justificación suprallegal.

³⁵ Reyes, A(1981) La Antijuridicidad...

³⁶ Jiménez de Asúa. (1964) Tratado de ...

estimar como relevantes determinados bienes al considerarlos indispensables para la vida en comunidad. Con la creación del derecho se pretende delinear un espacio, representado en un margen de libertad, que corresponde a cada individuo y que debe preservarse por encima de la voluntad y el deseo de los particulares en aras de la convivencia social, es por ello que la antijuridicidad amerita de dos momentos valorativos. El primero se da en la construcción legal de los tipos penales, -importancia de la tipicidad penal- mediante una valoración general y abstracta del legislador mediante la cual se construye la conducta típica describiendo hipotéticamente lo que es contrario al derecho.

La segunda valoración donde está implicada la antijuridicidad es la que realiza el juez al resolver si en el caso concreto ha quedado satisfecha la antijuridicidad o si el análisis de las circunstancias en que se produjo el hecho delictivo indican que no existe tal contradicción con el derecho. Considerar importantes las valoraciones, respecto de la conducta, implica que la antijuridicidad va más allá de la contradicción formal y rígida a que se somete la acción del hombre frente a las fórmulas de las normas jurídicas tipificantes. De no ser así, se desconocería el aspecto negativo de la Antijuridicidad, es decir, no se admitiría que un hecho típico se considere conforme a derecho, tal como lo consagran las causas de justificación penal.

Para determinar la antijuridicidad de un hecho, necesariamente hay que ubicarse en el plano de las valoraciones, para analizarlo desde la perspectiva del sistema de vida aceptado socialmente como imperante en la comunidad, en el que se conjugan una serie de principios que determinan la organización interna de esa sociedad. La antijuridicidad requiere, como ninguna otra categoría jurídica, de un juicio de valor de carácter negativo, ya que en sí misma no entraña condiciones positivas que permitan definirla sin equívocos, pues ella en sí misma es lo contrario de lo jurídico³⁷.

³⁷ Gómez, C (1993) El principio de ...

En este sentido, al analizar el hecho delictivo como un todo, debe tomarse en cuenta: en primer lugar, que se trate de un acto humano -acción jurídico-penal-; que ese actuar haya sido valorado por el legislador como de relevante interés para la convivencia en sociedad -bien jurídico de interés penal-; y que esté construido bajo la forma de tipo penal que acarrea una sanción -tipicidad penal-, y por último si el hecho humano y típico, realmente violenta el sustrato material del sistema jurídico de esa sociedad, o si por el contrario en su realización intervinieron situaciones que excluyen la responsabilidad penal por no contradecir el derecho -causas de justificación-. Hecho este análisis lógico, corresponde determinar el resto de los elementos del delito.

A juicio de Vela, aparte de lo ya expuesto, existe otra razón de carácter científico, que impide restringir el estudio de la Antijuridicidad al plano estrictamente formal, concibiéndola sólo como una relación de contradicción o choque que se da entre dos aspectos. Se trata de los elementos subjetivos del injusto, esto es, las referencias subjetivas que se encuentran incluidas en el tipo y que tienen que aparecer satisfechas para la integración del mismo³⁸. Esta idea de Vela deja al descubierto que no sólo el daño físico o psicológico que representa el hecho delictivo sirve de fundamento ni para la existencia del delito ni para que se genere responsabilidad penal. La puesta en riesgo del bien jurídico o su afectación física o psicológica si constituyen elementos del delito, pero no son suficientes, porque las causas de justificación señalan que, aun cuando el daño esté presente deben concurrir otros elementos para que se genere la responsabilidad penal. Esto significa que debe considerarse al hecho delictivo más allá de la lesión pues ella no agota la existencia del delito.

Examinar detenidamente el hecho delictivo desde esta perspectiva, permite ubicar el estudio de la antijuridicidad en el ámbito de las valoraciones, descartando la posibilidad de considerarla exclusivamente como la negación del Derecho, generando espacio para el aspecto negativo de la antijuridicidad y la antijuridicidad material. El enfrentamiento

³⁸ Vela, S (1986) Antijuridicidad y justificación. Ed. Trillas. México.

entre el hecho y el sistema de valores es posible en tales términos, porque el sistema jurídico como un todo único e inescindible, responde a un fin que se identifica igualmente con su unidad y que está por encima del carácter especial o distintivo de una u otra norma jurídica. Por esta razón, la conducta típica se presenta como una referencia lógica, a partir de la cual se construye la valoración que implica la antijuridicidad, entendiendo que el tipo debe ir unido a ella, ya que constituye en sí mismo un tipo antijurídico, que el legislador valora como contrario al orden social y a la necesidad de un desenvolvimiento armónico social³⁹. De acuerdo a lo antes expuesto, la realidad concreta de la antijuridicidad sólo puede precisarse partiendo de la conducta que ha sido previamente señalada como desconocedora del Derecho y merecedora de una sanción penal; de lo contrario, el juicio declarativo de la antijuridicidad estaría basado en la caprichosa apreciación del legislador, carente de toda plataforma conceptual y normativa, con referencia a vagas formulaciones que no precisan una interpretación justa.

Con base a ello se admite como cierta la posición de Ferneck, cuando establece que la Antijuridicidad y el tipo se comportan entre sí como forma y contenido, por lo que la Antijuridicidad nunca puede considerarse característica del tipo⁴⁰, sino que, su declaración definitiva con respecto a un hecho se da en primer término si se logra determinar su contradicción con una norma jurídica que expresamente ha establecido la prohibición del hecho; esto es, se comprueba la tipicidad del hecho, y posteriormente su contradicción con el Derecho.

A través de la evolución de la doctrina penal se ha desarrollado una discusión con la cual se pretende determinar si la antijuridicidad constituye la esencia misma del delito o si debe considerarse como uno de sus elementos. Al respecto, un grupo significativo de autores italianos se han inclinado por considerar la antijuridicidad como la esencia del

³⁹ Vela, S (1986) Antijuridicidad y ...

⁴⁰ Ferneck, H Cfr Jiménez de Asúa (1964) Tratado de...

delito. Estudiosos como Rocco, Antolisei, Guarneri, Carnelutti, Manzini y Maggiore, entre otros, establecen que al descomponer el delito, no es posible aislar o separar la antijuridicidad como uno más de los elementos que la compone, pues ésta va ligada al hecho punible, de la misma manera como se une el color y la forma a las cosas⁴¹. Del planteamiento de estos autores se desprende que no es posible la idea de un delito que no sea antijurídico, en consecuencia su planteo no da lugar a las causas de justificación y niega de plano la antijuridicidad material.

En contraposición a estas opiniones, surge la postura que considera la antijuridicidad como elemento del hecho delictivo, logrando gran cantidad de seguidores y convirtiéndose en la posición dominante en este particular. Sus seguidores parten de la idea de que aún cuando el delito sea considerado como un todo, su análisis puede darse de manera tal que permita el abordaje de cada uno de sus elementos sin perder su unidad. El estudio de la antijuridicidad, debe hacerse mediante el método analítico, que permite analizarla como una categoría jurídica particular del delito, aislándola para tales fines, sin que por ello se desdibuje su carácter unitario. Esta forma de análisis, a la cual se somete el delito, no escinde ni modifica su concepto estructural y participa de la relación armónica que configura su unidad, poniendo de relieve que en la relación entre hecho y norma media un juicio valorativo a cargo del juzgador, quien se convierte en titular del juicio de antijuridicidad propiamente dicho.

Beling⁴² señala que: "Sólo el referir lo injusto del hecho punible a la violación de la norma, hace posible la concepción unitaria del Derecho Penal, pues si se prescinde del carácter de lo contrario a la norma, el carácter de injusto se desmembra en tantos injustos como disciplinas jurídicas hay..." Por su parte Binding⁴³ comenta que "la esencia de lo injusto se deriva no de las eventuales consecuencias jurídicas, sino tan sólo de la esencia del Derecho, como cuya negación aparece..." Por esta razón es plausible admitir

⁴¹ Vela, S (1986) Antijuridicidad y ...

⁴² Beling, E Cfr Jiménez de Asúa (1964) Tratado de...

⁴³ Binding, E Cfr. Jiménez de Asúa (1964) Tratado de...

que "el tipo jurídico-penal no es una especie del Derecho punitivo, sino un injusto especialmente delimitado y con especiales consecuencias jurídicas, que tanto fuera como dentro del ámbito del Derecho penal representa una oposición al Derecho"⁴⁴.

La antijuridicidad no puede entenderse como la esencia del delito, pues esta posición desvirtúa la naturaleza de su constitución unitaria, reduciendo este elemento del delito a la contradicción que se pone de relieve en el campo del Derecho, lo que a su vez significa reconocer en ella un formalismo que quedaría satisfecho al cotejar el ordenamiento jurídico con la realidad. También significa desconocer que ella asienta sus bases sobre un juicio valorativo, sobre una estimación que trasciende la norma penal y que es recogida en el tipo penal por el legislador. Al desvirtuar la unidad conceptual que representa el delito como un todo, se está desconociendo el carácter de elemento no sólo a la antijuridicidad, sino también a la tipicidad, a la culpabilidad, y a la pena para reducir el hecho punible a la simple antítesis o negación del Derecho.

Afirmar que el delito, no puede desligarse de la antijuridicidad porque perdería su esencia, y que no puede concebirse un delito que no sea antijurídico, desconocen que lo que sucede en los casos en que interviene una causa de justificación, es que el Derecho cede, permitiendo el quebrantamiento de un bien jurídico penalmente relevante porque esta violación a este bien jurídico es la garantía de que otro bien jurídico será preservado en una situación de conflicto entre ambos. Sucede que en el enfrentamiento entre ambos bienes el Derecho permite la violación de uno de ellos para dar paso a la pretección del otro.

Recordemos que el Derecho, como sistema orgánico y unitario que obedece a fines superiores de convivencia y armonía social, cede en tales casos, en función de que el interés que verdaderamente lo estimula debe hacerse prevalecer por encima de su simple concepción formal. El Derecho tiene que obedecer a los motivos altruistas y

⁴⁴ Mezger, E Cfr. Jiménez de Asúa (1964) Tratado de...

naturales en los que fundamenta su razón de ser; y no reducirse a un círculo de pautas prohibitivas, cuyo cumplimiento es imperativo, aún en las situaciones en las que media un interés abiertamente superior a su obediencia. En estas situaciones no es que se produzca un hecho jurídico, sino que por hacer prevalecer ante el propio derecho uno de los intereses en conflicto, el propio derecho valora tal situación de conflicto como una situación “no contraria” a los valores superiores que el propugna. En vista de ello no es posible que haya responsabilidad penal ni sanciones.

Las circunstancias en que se ha producido el hecho antijurídico, no logran convertirlo en jurídico, porque a pesar de las circunstancias, éste sigue produciendo una lesión o un daño que el derecho condena y sanciona. Lo que sucede es que el hecho violatorio exalta los valores jurídicos y los hace prevalecer frente a la formalidad, es decir, logran equilibrar el hecho violatorio de la norma, las circunstancias que lo rodean y con los fines y valores jurídicos.

Concebir el delito y la antijuridicidad en estos términos, da lugar a la antijuridicidad material, que al lado de la antijuridicidad formal constituyen dos puntos de vista bajo los cuales se ha enfocado este concepto. En este sentido, se entiende por antijuridicidad formal la negación del derecho, materializada en la comisión de un hecho contrario a sus normas y principios básicos. Esta visión de la antijuridicidad guarda estrecha relación con la tipicidad penal. La antijuridicidad formal denota la simple contrariedad del acto con la ley, excluyéndose la responsabilidad penal sólo cuando opera el concepto de la regla-excepción. Von Lizst, quien hace esta distinción, concibe la antijuridicidad formal como lo contrario al precepto positivo. El delito, expresa este autor, en cuanto constituye un acto injusto, es un acto culpable contrario al Derecho. Esta reprobación jurídica que recae sobre el acto es formal, en tanto que el mismo constituye la transgresión de una norma establecida por el Estado⁴⁵. Percatarse de la contradicción jurídica manifiesta con el hecho delictivo y cotejarlo con la realidad del ordenamiento jurídico-penal y de los

⁴⁵ Von Lizst Cfr Jiménez de Asúa, (1964) Tratado de...

tipos que lo integran, no constituye la tipicidad, tal como se ha concebido concretamente en la doctrina. La Tipicidad es la adecuación que se logra al enfrentar la fórmula descriptiva utilizada por el Legislador y los hechos de la realidad.

La segunda forma de constatación de la antijuridicidad, la constituye la antijuridicidad material, que consiste en contradecir los principios jurídicos que materializan los intereses básicos de la convivencia social, que en tanto son de utilidad para el hombre se denominan "bienes" y concretamente en tanto son objeto de protección por el Derecho, se denominan "bienes jurídicos", entre los cuales está la convivencia pacífica, asegurada por un orden social o estatal adecuado⁴⁶. La antijuridicidad material constituye pues, un ataque o lesión a los bienes jurídicos, con lo cual se violentan y menoscaban los fines y cometidos del orden jurídico, como regulador de la vida en común. Esto es, aunque se hubiere producido un daño, éste no constituye elemento suficiente para considerar como contrario al Derecho, el hecho que lo produjo. Muñoz⁴⁷ considera "que la esencia de la antijuridicidad es la ofensa a un bien jurídico protegido con la norma, que se infringe con la realización de la acción. En la medida en que no se da esa ofensa al bien jurídico, no podrá hablarse de antijuridicidad, por más que aparente o formalmente exista una contradicción entre la norma y la acción". Esta concepción de la antijuridicidad es posible, siempre que se tenga presente que la norma jurídica es una norma de valoración, lo cual a su vez se corresponde con la teoría que plantea que el Derecho Penal es un Derecho protector de bienes jurídicos, posible únicamente en un Estado Democrático y Social de Derecho⁴⁸.

De allí se infiere que la antijuridicidad propiamente dicha, es el producto de una actividad valorativa que se da con base, no sólo a los principios fundamentales que constituyen la esencia del orden jurídico, sino también con arreglo a un determinado sistema social de convivencia. Así, el Derecho se presenta como la materialización de los

⁴⁶ Muñoz, F (1975) Introducción al Derecho Penal. Ed. Bosch. Barcelona. España.

⁴⁷ Idem

⁴⁸ Gómez, C (1993) El Principio de...

intereses vitales y de verdadera trascendencia de una sociedad en particular; esto demuestra el por qué los distintos sistemas jurídicos no contemplan en forma idéntica y bajo un modelo igual, los mismos bienes jurídicos. Esto se debe a que los sistemas de Derecho, son la forma especialísima que adquiere la personalidad jurídica de los pueblos, en los que deben quedar magistralmente recogidas sus propias exigencias y necesidades, contemplando en su normativa todo aquello que, social e individualmente haga posible la convivencia humana.

Bien lo expresa Gómez al señalar que "no podemos negar que todo Derecho Penal adoptado por un Estado responde a su ideología y pretende, dentro de sus fines, la protección de aquellos valores considerados como los más importantes"⁴⁹. Los sistemas de Derecho, así entendidos, constituyen la posibilidad de que una sociedad formalice su necesidad de vivir organizadamente; sin embargo, esta posibilidad no queda del todo satisfecha con la sola existencia de un sistema jurídico, pues en realidad se producen situaciones en las cuales salvaguardar un bien jurídicamente protegido, escapa a toda presencia jurídica.

En la conflictividad que pone de relieve la antijuridicidad, el Derecho debe hacerse a un lado, dejando que prevalezca el fin primordial de la convivencia humana a costa del sacrificio del interés de menor importancia, cuando sea el caso de que debe pagarse este precio por salvaguardar el interés superior. En estas situaciones se exalta el carácter antijurídico de un hecho en concreto; carácter que sólo será posible determinar con base a un análisis valorativo que pondere y sea capaz de medir todas y cada una de las circunstancias que intervinieron en su producción y que hicieron ceder el Derecho y su función protectora, frente a un bien jurídico contemplado dentro de los límites de su esfera, sin que ello signifique la ausencia de un Estado de Derecho, ni el gobierno de intereses particulares por encima de los valores e intereses "supraindividuales"⁵⁰.

⁴⁹ *Ibíd*em

⁵⁰ Muñoz, F (1975) Introducción al...

De esto se desprende que la antijuridicidad, vista básicamente desde su óptica material, representa el elemento del delito que pone en tela de juicio la razón misma del Derecho, valorando en el ámbito de la realidad social propiamente dicha, todo aquello que dio lugar a su nacimiento. En oportunidades la antijuridicidad material coincide con la formal; cuando el hecho no sólo se presenta como típico porque coincide perfectamente con la descripción legal sino también desprovisto de toda forma justificativa y por tanto contraventor del espíritu de la norma. Cuando ambos aspectos de la antijuridicidad no logran coincidir, es porque la finalidad del Derecho debe prevalecer frente a los límites de su misión. Estas situaciones que plantea un conflicto del derecho consigo mismo, deben dar preeminencia al fin fundamental de éste, el cual está por encima de su formalismo. Sólo así podrá justificarse que éste no constituya un instrumento punitivo en defensa inmedatista y formalista de determinados bienes jurídicos característicos y relevantes en ciertas sociedades, sin tomar en cuenta la circunstancialidad social y material que ha provocado el nacimiento del delito. Muñoz encuentra aquí el carácter social y político que en la praxis se vincula históricamente al Derecho Penal, señalando que éste no debe "favorecer abiertamente algunas minorías, poniendo la oposición política al margen de la ley, castigando los ataques a los bienes jurídicos instrumentales con la misma gravedad o incluso más gravemente que los ataques a la vida, a la salud, o a la libertad o considerando como "derechos naturales" inmutables y permanentes, lo que no es más que el interés personal y egoísta de los que detentan el poder"⁵¹ En razón a ello, debe entenderse como acción antijurídica, en sentido material, aquella que produzca un menoscabo injustificado, sobre el bien jurídicamente protegido por la norma penal, pues tal lesión representa en la comunidad un daño que legitima la caracterización del delito como comportamiento socialmente dañoso.

Finalmente, debe señalarse que vista la antijuridicidad como un elemento del delito en el que se manejan simultáneamente dos aspectos -material y formal-, la misma puede

⁵¹ Idem

conceptualizarse como "el juicio negativo de valor que el juez emite sobre una conducta típica, en la medida en que ella lesione o ponga en peligro, sin derecho alguno, el interés jurídicamente tutelado en el tipo penal"⁵². En esta definición se recogen brevemente todas las nociones manejadas en el desarrollo de este punto en relación a la antijuridicidad; en particular las que dan lugar a la antijuridicidad material, pues, al señalar Reyes que la lesión o puesta en peligro en que consiste la antijuridicidad debe darse sin derecho alguno, está permitiendo la posibilidad de situaciones justificadas, es decir, que se produzcan con derecho en las que se destruye la naturaleza antijurídica de los hechos formal y típicamente punibles; esto es, está admitiendo y legitimando la intervención de las causas de justificación penal, las cuales, debido a la esencia dialéctica del Derecho, constituyen la razón de ser de la antijuridicidad propiamente dicha.

2.2.- La ausencia de Antijuridicidad. Su trascendencia jurídico-penal.

Hemos señalado anteriormente que los elementos del delito se presentan desde una perspectiva positiva y una perspectiva negativa. Son dos aspectos de una misma unidad que configuran cada elemento del delito. En el caso de la antijuridicidad, ella se presenta en su aspecto positivo como la contradicción que el hecho delictivo pone de manifiesto en relación a los valores en los que se sostiene el ordenamiento jurídico como forma social organizada de una comunidad. En su aspecto negativo la antijuridicidad implica la valoración de un grupo de circunstancias expuestas por el legislador en la ley y a partir de las cuales se debe considerar el hecho delictivo mucho más allá de la simple transgresión de la norma o producción de un daño. En el caso venezolano las circunstancias que contempla la ley penal⁵³ bajo este supuesto son: legítima defensa⁵⁴,

⁵² Reyes, A (1981) La Antijuridicidad...

⁵³En esta investigación concentraré mi atención en lo que corresponde a la Institución del Estado de necesidad penal establecido en el artículo 65 ordinal 3º.

⁵⁴ Artículo 65 C.P.V "No es punible... 3.- El que obra en defensa de su propia persona o derecho, siempre que concurren las circunstancias siguientes: a.- Agresión ilegítima por parte de quien resulta ofendido por el hecho. b.- Necesidad del medio empleado para impedirlo o repelerlo. c.- Falta de provocación suficiente de parte del que pretenda haber obrado en defensa propia. Se equipara a la legítima defensa el hecho con el cual el agente, en el estado de incertidumbre, temor o terror traspasa los límites de la defensa..."

estado de necesidad⁵⁵, cumplimiento de un deber⁵⁶, ejercicio legítimo de un derecho⁵⁷, ejercicio de autoridad⁵⁸, ejercicio legítimo de un oficio o cargo⁵⁹ y la omisión justificada⁶⁰. Debe tenerse presente que estas situaciones en ningún momento eliminan el carácter delictivo del hecho. El hecho existe, existe también su condición típica, y existe además el daño causado. El derecho lo que hace es ceder un espacio de flexibilidad en el que permite que se lesione un bien jurídico para hacer prevalecer la integridad de otro bien jurídico de mayor trascendencia social y jurídica.

Si el derecho es un sistema de valores jurídicamente estructurado cuya función es controlar y regular la vida en sociedad, pueden presentarse situaciones de conflictos de intereses en los que el derecho debe dar preeminencia al interés jurídico de mayor relevancia social. La esencia de la antijuridicidad es valorativa, ella es en sí misma un juicio de valor que se emite con respecto al hecho dañoso. Su ausencia implica entonces valorar positivamente el hecho como conforme a derecho, aun cuando haya causado daños a un bien jurídico penalmente protegido. Esto significa que para la antijuridicidad la sola producción del daño no es suficiente para calificar como antijurídico un hecho, en consecuencia, no es posible la sola presencia del daño genere responsabilidad penal. De allí la importancia de la antijuridicidad material, que valora y considera el hecho dañoso más allá del daño en sí mismo, trascendiendo a la cuestión motivacional de la transgresión de la norma. La antijuridicidad material conecta verdaderamente la

⁵⁵ Artículo 65 ord 3º C.P.V. literal d “No es punible... d.- el que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona o la de otro, de un epligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa y que no pueda evitar de otro modo”. Es de advertir que en el código penal vigente existe un error de tipeo en esta norma. El estado de necesidad se incluye como un cuarto literal del ordinal 3º de esa norma como si hiciera parte de la legítima defensa, cuando en realidad es una institución totalmente autónoma para la cual se debió utilizar un ordianl separado, en este caso según la estructura de la norma, el ordianl 4º.

⁵⁶ Artículo 65 C.P.V. “No es punible... 1.- El que obra en cumplimiento de un deber... sin traspasar los límites legales...”

⁵⁷ Artículo 65 C.P.V. “No es punible... 1.- El que obra en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo sin traspasar los límites legales...”

⁵⁸ Artículo 65 C.P.V. “No es punible... 1.- El que obra en el ejercicio legítimo autoridad... sin traspasar los límites legales...”

⁵⁹ Artículo 65 C.P.V. “No es punible... 1.- El que obra en el ejercicio de un oficio o cargo sin traspasar los límites legales...”

⁶⁰ Artículo 73 C.P.V. “No es punible el que incurra en alguna omisión hallándose impedido por causa legítima o insuperable”

transgresión de la norma jurídico penal con las circunstancialidad social que finalmente la determina, toda vez que entra a valorar el fondo del asunto, revisando el nivel de reprochabilidad social que conlleva el daño producido.

El denominador común que caracteriza las distintas situaciones de excepción que contempla el código en el caso de la antijuridicidad, es que en ellas el sujeto abandona su condición personalista y asume de alguna manera el papel del Estado ordenando la situación de conflicto que se presenta. Obviamente las características de las situaciones propias del estado de necesidad no admiten esperar a que el Estado intervenga como tradicionalmente lo hace, mediante los tribunales de justicia, donde cada una de las partes presenta su alegato, etc. El llamado que hace al sujeto una situación de estado necesidad es de inmediata reacción de manera que se faculta al sujeto para que actúe en nombre del Estado y haga lo que este haría para restituir la situación a la normalidad. Es por esta razón por la que en ninguna de estas situaciones justificantes se admite el exceso en el actuar del sujeto.

Debe advertirse que las causas de justificación de ninguna convierten el hecho en jurídico, sino que permiten valorar el daño producido desde una perspectiva no estrictamente jurídica sino también social y termina justificando que se haya producido a cambio de la salvaguarda de un bien de mayor valor jurídico-social. Así, el daño se confronta no con la norma ni con el carácter típico del hecho sino con los valores ulteriores que sirven de respaldo a la norma jurídica, dando lugar a una interpretación axiológica de la situación. Cada norma jurídica que tipifica un hecho como delito está respaldada por un principio que resulta violentado y cuya transgresión el derecho debe evitar porque en tales principios reposa la posibilidad de la co-existencia social. De esta manera la antijuridicidad material invade los espacios de lo que en filosofía jurídico-política se conoce como legitimidad material⁶¹ del Derecho porque en la valoración del delito y sus circunstancias fácticas apela al substrato último de la norma jurídica.

⁶¹ Alcácer, R (2003) Los fines del Derecho Penal...

Partiendo del hecho de que detrás de la antijuridicidad lo que subyace es un proceso valorativo, debe acotarse que esta valoración circunscrita en un ordenamiento jurídico determinado obedece a los principios políticos que sostienen dicho orden normativo. Todo ello enmarcado en la clara y abierta conexión inter-relacional que existe entre el Derecho Penal y el modelo político de un Estado. Un determinado modelo político creará un Derecho Penal que sirva a sus propósitos y que resulte útil para obtener satisfactoriamente sus objetivos, e igualmente el Derecho Penal de un Estado se adecuará tanto en la forma como en el contenido, a los propósitos que con el modelo político se ha planteado ese Estado. Esta relación de mutua interacción, es apenas natural si se entiende al Derecho Penal como el más político de todos los derechos y en el que se cristaliza la soberanía nacional de los Estados.

La cuestión de la legitimidad del Derecho debe considerarse al momento de la elaboración de las normas jurídicas, por la conexión que existe entre producirlas y observarlas. Al momento de legislar es importante cumplir con el procedimiento que para ello contempla la Constitución Nacional, más sin embargo una vez puesta en vigencia, la norma jurídica amerita ser observada, cumplida, obedecida, pues allí reposa su carácter legítimo, que no es otra cosa que la identidad que existe entre el individuo social como autor de dichas normas y éstas como su forma de organización social⁶², de donde se deduce que la legitimidad se conecta en relación directa e inmediata con la participación activa y democrática que hayan tenido los individuos en el proceso de elaboración de leyes.

Este carácter legítimo es de relevante interés en materia penal, ya que la legitimidad de la norma se extiende hasta la sanción como su consecuencia directa e inmediata y a su

⁶² Gargarella denomina este fenómeno como autogobierno, es decir, la identidad o conexión que consiguen los ciudadanos con las leyes que rigen su vida por ver en ellas reflejados sus intereses. Cuando se legisla de espaldas al individuo, obviando sus dramas personales y sociales, éste no encuentra razones para obedecer la ley, y ésta en lugar de ser un instrumento de control se convierte en la propia fuente de desigualdades que castiga, siendo portadora de un alto nivel de déficit democrático. En Gargarella, Roberto, (2008) *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*. Siglo del Hombre Editores. Bogotá.

vez esta legitimidad se conecta de forma directa con el modelo político del Estado como su forma de ser social. Si partimos de que estamos legislando para un individuo racional, se entiende que será el raciocinio la primera motivación por la que el sujeto obedece la ley respetando las normas, pues el respeto a las normas se identifica directamente con la situación que reporta mayores beneficios para todos. Todo ello en el marco de los derechos reconocidos al hombre como ente racional quien procura maximizar sus espacios de acción entre los que se cuenta fundamentalmente su libertad.

Si la antijuridicidad consiste en una valoración, si en su aspecto material esta valoración esculca más allá de la producción del daño abordando valores y principios que sostienen las normas jurídicas y éstas a su vez deben imbuirse del carácter de legitimidad que debe caracterizar al derecho que a su vez conecta a los ciudadanos con la producción de normas en una franca participación activa, significa entonces que la antijuridicidad guarda directa relación con ese carácter legítimo del derecho revisando la condición democrática de sus orígenes y poniendo de relieve la condición social de la producción del daño.

Capítulo III

3.1.- El estado de necesidad como institución penal. Naturaleza Jurídica, tradición dogmática e interpretativa.

El estado de necesidad es una de las instituciones que consagra la legislación penal venezolana bajo la forma de causa de justificación. En términos generales ella consiste en una situación de conflicto que se presenta entre dos bienes jurídicos penalmente protegidos, en la que el derecho permite -"justifica"- que se lesione o violente el bien jurídico de menor valor para preservar o resguardar la integridad del bien jurídico de mayor valor. La lesión producida no acarrea responsabilidad penal conforme lo establece la norma del artículo 65 ordinal 3º literal d, tal como sigue:

Artículo 65 ord 3º literal d C.P.V “No es punible... el que obra constreñido por la necesidad de salvar su persona, o la de otro, de un peligro grave e inminente, al cual no haya dado voluntariamente causa y que no pueda evitar de otro modo”.

Esta norma se toma casi textualmente del artículo 49 ordinal 3º del Código Penal Italiano del año 1889⁶³. Pero no ésta la primera forma normativa del estado de necesidad en la legislación patria. La primera norma que contempló el estado de necesidad en la legislación venezolana fue tomada del Código Penal Español de 1848 conforme el siguiente texto:

“No delinque y por consiguiente están exentos de responsabilidad criminal: ...7º. El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daños en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera: realidad del mal que se trata de evitar. Segundo: que sea mayor que el mal causado para evitarlo. Tercera: que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”⁶⁴.

Posteriormente el legislador venezolano introduce modificaciones sustanciales que extienden el alcance de la institución hasta la defensa de la propia persona humana y sus derechos, superando los límites de la propiedad privada a los que había quedado reducida la institución en la legislación española, y expone:

No es punible... 4º El que obra en defensa de su persona o derechos, siempre que concurren las circunstancias siguientes: Primera: agresión ilegítima, Segunda: necesidad racional del medio empleado para impedirle o repelerla. Tercera: falta de provocación suficiente por parte del defendido. 5º El que obra en defensa de la persona o derechos de sus ascendientes, descendientes, cónyuges, hermanos, de sus afines en los mismos grados y de sus consanguíneos hasta el cuarto grado civil, siempre que ocurran la 1a. y 2a. circunstancias presentes en el número anterior y la de que en caso de haber precedido provocación de parte del acometido, no tuviera participación en ella el defensor.

⁶³ Manzini, V (1960) Tratado de Derecho Penal. Ed. Temis. Bogotá.

⁶⁴ Jiménez de Asúa, L (1964) Tratado de ...

6º. El que obra en defensa de la persona o derecho de un extraño, siempre que concurren la 1a. y 2a circunstancias prescritas en el número 4º y de la que el defensor sea impulsado por venganza, resentimiento u otro motivo ilegítimo..."⁶⁵.

Una revisión detallada de la norma penal vigente debe comenzar por señalar que su ubicación en el Título V del código penal que versa sobre "*De la responsabilidad penal y las circunstancias que le excluyen, atenúan o agravan*", muestra claramente la naturaleza que según el legislador venezolano tiene esta institución. Se trata de una causa de justificación que permite excluir totalmente la responsabilidad penal cuando se cubren los extremos de ley.

De la norma se infieren los siguientes requisitos que deben cubrirse para eximir al sujeto de responsabilidad penal:

a.- **Un peligro grave:** A criterio de la doctrina penal universal la gravedad del peligro que caracteriza estas situaciones debe medirse en función de la naturaleza de los bienes jurídicos en conflicto y de la trascendencia del mal que está por venir. Este requisito es muy importante porque en base a las dimensiones del peligro se considera exonerar de responsabilidad penal la transgresión de unos de los bienes jurídicos involucrados. Si el peligro existe, pero no es grave, no se admite estropear la integridad de un bien jurídico que el derecho ha estimado necesario preservar. La excensión de responsabilidad penal debe fundamentarse en que el sujeto debía anular la posibilidad de que de la situación de conflicto vulnera el bien de mayor valor. El requisito de la gravedad se conecta directamente con una limitación tácita que debe considerarse al momento de la valoración concreta de una situación, tal es el caso de la proporcionalidad que debe existir entre el bien jurídico sacrificado y el bien jurídico salvaguardado. Corresponde al juez determinar si existe proporcionalidad o no y esto se logra comparando entre sí los bienes involucrados en cada situación específica. Con respecto a esto la doctrina

⁶⁵ Código Penal Venezolano Comentado. (1982) V. I. Universidad central de Venezuela. Instituto de ciencias penales y Criminológicas. Caracas.

venezolana ha acogido la postura de Soler⁶⁶ cuando señala que "la comparación estimativa debe ser efectuada de manera concreta, de bien a bien, de deber a deber. Por este motivo, no es suficiente la invocación genérica de una situación necesitada. Es preciso establecer concretamente la situación de peligro y la relación existente entre el acto ampliado y el mal que con él se ha evitado o se pretendía evitar". De no existir proporcionalidad, no opera la causa justificante que exime de responsabilidad porque se entiende que el sujeto ha traspasado los límites establecidos para esta institución. La ausencia de proporcionalidad se lee como exceso⁶⁷ en la actuación del sujeto y por tanto la acción producida no puede invocarse como Estado de Necesidad.

b.- Un peligro inminente: La inminencia hace directa referencia al factor tiempo y se traduce en la percepción objetiva que tiene el sujeto que actúa de que el peligro que se anuncia sin duda producirá un daño real y concreto en los instantes próximos. Esta percepción le hace reaccionar de manera inmediata lesionando el bien jurídico de menor valor. Grisanti es del parecer que la inminencia refiere un alto grado de probabilidad y no una mera posibilidad.⁶⁸ Nuestra norma no señala que el peligro sea actual, porque si el peligro es actual significa que ya se ha producido y de ser así no hay nada que evitar, no hay nada sobre lo cual podamos impedir su producción, a pesar de ello la actualidad del mal es un dato que introducen legislaciones de países como Colombia, Alemania, Chile, México, Costa Rica, Bolivia, Perú e Italia entre otros.⁶⁹ De otra parte podría pensarse que si ha sido el criterio del legislador venezolano justificar una situación en la que se trata de evitar un daño a un bien jurídico, con mayor razón opera esta justificante en el caso de que el peligro no se anuncie sino que se haya producido efectivamente.

⁶⁶ Soler, S (1983) Derecho Penal Argentino. Editorial tipográfica Argentina. Buenos Aires.

⁶⁷ Los casos de exceso en la legislación penal venezolana están regulados en el texto del artículo 66 del Código Penal vigente que contempla una eximente incompleta de la responsabilidad penal y que establece lo siguiente: "El que traspasare los límites impuestos por la ley en el caso del numeral 1 del artículo anterior, y por la autoridad que dio la orden en el caso del numeral 2 del mismo, y el que se excediere en la defensa, o en los medios empleados para salvarse del peligro grave e inminente, haciendo más de lo necesario, será castigado con la pena correspondiente disminuida de uno a dos tercios. La pena pecuniaria se aplicará con disminución de la mitad" (resaltado mío)

⁶⁸ Grisanti, H (1991) Legítima Defensa y estado de necesidad. Ed. Móbil-libros. Caracas.

⁶⁹ Ver cuadro comparativo que se anexa la final de este punto.

Las expresiones utilizadas por el legislador patrio para caracterizar el peligro –gravedad e inminencia- dejan completamente excluidas situaciones de peligros lejanos, futuros, o posibles, porque en ellos no se puede fundamentar una lesión que pudo haberse evitado de otro modo. La inminencia es la que determina que la lesión que se produce esté justificada por el derecho, porque de no existir la inminencia significa que el daño podía evitarse de una manera distinta, quizá no violentando la integridad de un bien jurídico penalmente protegido.

c.- Que no exista otra forma de evitar el peligro: esta exigencia está íntimamente ligada con el hecho de que el peligro sea inminente y refiere a la imposibilidad de que el peligro se evite sin violentar un bien jurídico penalmente protegido. Este requisito debe valorarse con mucho cuidado porque su estimación depende del lugar donde se produce el conflicto, de los sujetos involucrados, de los medios con los que cuentan para repeler el peligro, entre otros. Del hecho de determinar que el peligro pudo haberse evitado de manera distinta, sin tener que sacrificar un bien jurídico, queda anulada la justificación del estado de necesidad porque el sujeto está obligado a escoger esta otra opción para solventar el conflicto entre ambos bienes. Según Mendoza⁷⁰ existen tres criterios que ayudan al intérprete a valorar la inevitabilidad, a saber: que el peligro sea imprevisto, que sea presente y que sea absoluto.

d.- Que el causante del daño que pretende justificarse no haya sido la causa voluntaria del peligro. En este requisito la expresión “voluntario” debe equipararse a doloso, es decir, intencional⁷¹. La justificación del estado de necesidad no cubre las situaciones en las que el sujeto ha querido causar el daño en forma deliberada. De esta manera se entiende que el sujeto ha previsto y ha querido el peligro, de modo que

⁷⁰ Mendoza, J (1974) Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General. Ed. El Cojo. Caracas.

⁷¹ Es importante aclarar que en material penal es inexacto equiparar los términos dolo e intención, pues la noción del dolo es más compleja y excede en mucho la simple intención. En realidad la intención hace parte de la estructura del dolo, de modo que éste no se puede presentar como equivalente de aquella.

siendo así mal puede posteriormente alegar que se le exima de la resposanbilidad que le corresponde por la trasgresión del bien jurídico penalmente protegido. El resto de las situaciones si quedan amparadas bajo este supuesto por ejemplo el actuar negligente, imprudente, imperito o inobservantes de ordenes, reglamentos o instrucciones, es decir, el actuar que calificamos como obrando sin el debido cuidado.

Adicionalmente a estos requisitos de carácter estrictamente legal, ha considerado la doctrina los siguientes supuestos adicionales: Quien actua en esta situación y alega esta justificante no debe estar obligado ni por el cumplimiento de un deber ni por el ejercicio de su profesión, a soportar el peligro de que se trate, puesto que esta obligación excusa de plano tales situaciones. Este requisito es de naturaleza legal y no doctrinaria en legislaciones de países como Colombia, España, México, Costa Rica, Bolivia, Honduras e Italia, entre otros.⁷² De otra parte en relación a los bienes jurídicos que se protegen bajo esta figura quedan restringidos, según el texto de la norma, a la persona humana -este es uno de los sistemas más restringidos que exsiten en relación a esta eximente de responsabilidad penal- entendiendo que esta expresión engloba tanto la vida como la integridad física y psíquica del sujeto⁷³. Mendoza⁷⁴ difiere al señalar que cuando el legislador se refiere a la persona humana o a la de otro, está aceptando la intervención de un tercero, más no cabe la posibilidad de hacer extensiva esta referencia a los derechos subjetivos del amenazado, a saber: honor, libertad, y propiedad entre otros.

Son también limitaciones naturales de esta eximente de responsabilidad penal en la legislación venezolana, las situaciones que no constituyan una estricta necesidad sino que se presenten como situaciones de apremio, de riesgo aparente o de riesgo no grave. Entiende el legislador venezolano que para este tipo de situaciones existen vías diferentes a las de violentar la integridad de un bien jurídico penalmente protegido.

⁷² Ver cuadro comparativo al final de este punto.

⁷³ Grisanti, H (1991) Legítima Defensa...

⁷⁴ Mendoza, J (1974) Tratado de Derecho...

La valoración de cada uno de estos requisitos debe hacerse conforme las reglas de la justa interpretación, teniendo en cuenta principios como el bien común y la lógica jurídica, su exámen debe considerar el sujeto, las condiciones en que se desenvuelve al momento del hecho, las circunstancias que rodearon la situación que dió lugar a la violación de la norma, el medio que se está empleando para repeler el peligro que se presenta, los dos bienes jurídicos que se enfrentan en el conflicto, toda vez que de no tener en consideración cada detalle presente en el hecho existen dos riesgos posibles que pueden presentarse, de una parte, se puede castigar al sujeto de manera injusta aplicándole una pena por haberse enfrentado a un peligro-riesgo de la mejor manera que puedo o por el contrario se pueden llegar a amparar bajo esta figura situaciones de abuso o irrespeto a las normas en situaciones que no reportan verdaderos peligros, donde no existe gravedad alguna o donde el daño podía evitarse de manera distinta.

La naturaleza jurídica del estado de necesidad ha sido objeto de enconadas discusiones doctrinarias. Cada una de estas explicaciones privilegia más un aspecto que otro, dando lugar a posiciones encontradas. Nuestro análisis parte primeramente de la ubicación de esta institución en nuestro código penal, para extraer de la norma sus requisitos legales y doctrinarios como los elementos que nos permiten abordar su naturaleza jurídica.

1.-Tesis de la Neutralización: las posturas doctrinarias que se agrupan en esta tesis privilegian la situación de necesidad como momento de infortunio en la vida del ser humano. Ellas plantean que la situación de necesidad reproduce el estado de naturaleza que recrea Hobbes⁷⁵ en su planteamiento del nacimiento del Estado como organización social y política de una comunidad. En este sentido el estado de necesidad penal no puede valorarse desde el derecho penal, porque escapa a sus fronteras. Visto así el estado de necesidad nos retrotrae a nuestra forma más primigenia y primitiva exaltando nuestra condición animal, en situaciones de tales características la imposición de una pena es absolutamente inútil e innecesaria. También se ubican en esta tesis las posturas

⁷⁵ Hobbes, T (1999) Leviatán...

que señalan que el estado de necesidad penal se origina por situaciones de orden natural y que debe dejarse al predominio de la fuerza física de los involucrados el resultado final de esta situación. En tales casos es infructuosa la participación del Derecho.⁷⁶

2.- Teorías Subjetivas: El planteamiento de esta teoría se circunscribe a la situación de amenaza moral bajo la cual obra el sujeto. En tal situación no existe una verdadera escogencia por parte del sujeto quien constreñido por la circunstancias que le rodean, ve restringida y perturbada su libertad por lo que no puede adjudicarsele responsabilidad penal.⁷⁷ Esta es la connotación jurídica que le dan al estado de necesidad países como Argentina y Perú, entre otros.

3.- Tesis de la colisión de intereses⁷⁸. Esta es la postura que mayor acogida ha tenido en la doctrina y supone que el sujeto está exento de responsabilidad penal porque ha sacrificado un bien jurídico protegido por el derecho sólo a cambio de salvaguardar un bien de mayor trascendencia social y jurídica de manera que el daño que ha producido no precisa de reproche social. Esta postura de alguna manera condiciona la ausencia de responsabilidad penal al hecho de que el sujeto haga prevalecer el bien de mayor valor.⁷⁹ Esta es la postura que asume el legislador venezolano para esta institución penal⁸⁰. A ella se unen de manera expresa países como Colombia, España, Alemania⁸¹, Chile, México, Costa Rica, Bolivia y Honduras.

⁷⁶ Jiménez de Asúa (1964) Tratado de...

⁷⁷ Idem.

⁷⁸ Es claro que el supuesto de conflicto de intereses que implica el estado de necesidad penal es posible únicamente cuando los dos bienes jurídicos involucrados en el conflicto son de distinta naturaleza puesto que cuando se trate de situaciones en las que los bienes son de idéntica entidad o valor, la situación debe valorarse desde la perspectiva de una causa de inculpabilidad penal denominada "no exigibilidad de otra conducta".

⁷⁹ Jiménez de Asúa (1964) Tratado de...

⁸⁰ Grisanti (1991) es conteste con esta idea al señalar que el Estado de Necesidad es siempre una causa de justificación y no una causa de inculpabilidad, porque ante el conflicto de dos bienes jurídicos, que es a lo que finalmente se reduce esta hipótesis, es lícito sacrificar el bien menos valioso para salvar el más importante.

⁸¹ Es importante resaltar el caso de esta legislación porque distingue entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante. El primero se trabaja desde la antijuridicidad como una situación que excluye este elemento del delito y el segundo se trabaja desde la culpabilidad como una situación suprime la culpabilidad.

Revisemos finalmente lo pertinente a la interpretación que ha acompañado históricamente a esta institución penal a fin de valorar posteriormente la propuesta de esta investigación.

La institución del estado de necesidad penal lo encontramos desde tiempos muy remotos en las diferentes legislaciones penales de todo el planeta. Aunque pareciera que existe unanimidad en relación al carácter de las situaciones que le dan origen, podemos encontrar ciertas distinciones no sustanciales en las legislaciones de los diferentes países que la consagran. Cada país ajustó la esencia de esta institución penal a su idiosincracia social y a sus realidades. En términos generales el estado de necesidad surge como una respuesta jurídica a situaciones de conflicto entre intereses de relevancia social en las cuales la comisión de un hecho punible no podía ser castigada en razón a las circunstancias en las que se había producido tal violación de la norma jurídica.

La tradición dogmática de esta institución penal nos muestra que en la India, las leyes de Manú consagran algunos pasajes en los que se declaran “no punibles” los actos delictivos cometidos en Estado de Necesidad; a saber la muerte de un semejante para nutrirse con el cadáver, la muerte, robo y hurto cometidos por impulsos de hambre; comer alimentos prohibidos por quien tiene su vida en peligro, entre otros.⁸² Los griegos, quienes consideraban el estado de necesidad como institución carente de ley refieren el caso de dos viajeros perdidos en el desierto que cuentan sólo con una botella de agua, que distribuida entre los dos no salvaría la vida de ninguno pero que para uno solo de ellos sería suficiente⁸³; para el Derecho Musulmán, en cambio, el estado de necesidad era una situación de coacción o fuerza moral, a partir de la cual se excusaban los actos cometidos bajo su impulso.⁸⁴ En el Derecho Romano se consagra la institución con características similares a las de las legislaciones actuales pero no fueron muy duchos en

⁸² Jiménez de Asúa (1964) Tratado de...

⁸³ Idem

⁸⁴ Idem

el manejo de esta institución.⁸⁵ El Derecho Germánico encambio lo delimitó con la ayuda de dos principios. a.- La necesidad no tiene ley. b.- El sentimiento de solidaridad. Según este derecho, preserva la vida, procurarse alimentos en situaciones de hambre extrema y tomar lo ajeno para solventar una situación o acontecimiento extraordinario, dieron vida a este supuesto. Establecieron interesantes limitaciones para evitar la habitualidad y el abuso.⁸⁶ El Derecho Canónico excusó, bajo la expresión "necesidad", hechos como inobservar los ayunos y vigiliias en cuaresmas, mantener relaciones con un excomulgado, romper el descanso dominical, depositar muebles en las iglesias y el perjurio. Sin embargo, el mas importante de ellos fue el robo famélico.⁸⁷ El Derecho Medieval y Común prácticamente consagran el tratamiento del Estado de Necesidad a los casos de hurtos o robos famélicos, debido a las hambrunas que azotaron los pueblos en la época medieval. En esta legislación se conocieron casos de personas que para salvarse a sí mismas o a otras de un peligro que amenazara sus vidas, podían apoderarse ilegítimamente de una cosa⁸⁸.

Estas situaciones originarias, aunque disímiles en algunas características parten de una plataforma común que marcan la naturaleza del estado de naturaleza distinguiéndole del resto de las causas de justificación, la existencia de una situación de peligro grave, no provocado intencionalmente por el sujeto y que no pueda solventar de manera distinta. Entre las expresiones⁸⁹ que se utilizaron para ilustrar lo que el estado de necesidad encierra como institución penal pueden mencionarse las siguientes: "la casualidad natural", "imperiosa necesidad de aplacar el hambre", "situación extraordinaria de miseria", "necesidad imperiosa de salvaguardar un bien jurídico importante", "la debilidad humana" y "el instinto de conservación", entre otros.

⁸⁵ Idem

⁸⁶ Idem

⁸⁷ Idem

⁸⁸ Idem

⁸⁹ Idem

Las formas normativas que asumió el estado de necesidad penal en cada una de estas legislaciones antiguas sirvieron de fuente originaria para las legislaciones contemporáneas que aunque no brindan un tratamiento uniforme conservan su esencia. Tales formas normativas así como la interpretación doctrinaria a que dieron lugar tales normas nos ubican en la tradición doctrinaria del estado de necesidad.

De la doctrina podemos extraer algunas situaciones que nos ilustran: “un hombre sin recursos y amenazado de morir víctima del hambre y del frío, roba a otro alimentos y vestidos”; “estalla un incendio y para proceder al salvamento se causan daños en propiedad ajena, atravesando campos sembrados, destruyendo puertas y medianerías para socorrer a los habitantes del inmueble ardiendo y hasta se derriban casas contiguas para evitar que el incendio se propague”, “durante una tempestad en alta mar el capitán ordena que se arroje al agua toda o parte de la carga”; “un enfermo se halla en extrema gravedad y un pariente corre al pueblo vecino en busca de un remedio en un caballo ajeno, del que se apodera sin permiso del dueño”; “un caminante halla el sendero impracticable y se ve forzado a atravesar la propiedad de otro, saltando la valla que la circunda y agregando el derecho de propiedad privada”; “un hombre que se baña en el río no encuentra, al salir del agua, la ropa que le ha sido robada y se apropia el traje de otro nadador o corre desnudo a su casa alterando el orden público”; “un médico, en el curso de una operación quirúrgica se halla ante lesiones mas graves que las que suponía y sin consentimiento del enfermo que se halla anestesiado extirpa órganos importantes para salvarle la vida”⁹⁰; “sacrificar una plantación para huir de la bestia que nos persigue”; “apropiarse un medicamento secreto, no puesto aún en circulación, por un empleado que de esta forma salva la vida de su hija”; “entrar en la habitación ajena para prestar auxilio o servir a la justicia”; “matar un animal que nos embiste”, “embarazar la vía pública para refaccionar la casa que amenaza ruina”; “el empleo de falsos documentos en tiempos de ocupación de fuerzas militares extranjeras o en momento de

⁹⁰ Idem

persecución política”^{91.} “acudir a una droguería a fin de solicitar un medicamento sin saber que éste sólo es expendido con recipe médico especial, solicitar al farmaceuta que lo muestre para conocer su presentación y tomarlo bruscamente de sus manos y salir corriendo a salvar la vida de la persona comprometida”, “un hombre violenta varias y distintas normas de tránsito, pone en peligro distintas personas a su paso, porque su esposa está dando a luz a su bebé dentro del automovil y la vida de ambos está en riesgo por el nacimiento del bebé en tales condiciones”; entre otros.

Las situaciones antes señaladas nos muestran claramente la orientación interpretativa que se le ha dado al estado de necesidad en la doctrina patria y extranjera. Las dos situaciones que los doctrinarios sin duda alguna ubican en este supuesto son: el hecho de que una persona se procure por distintos medios lo necesario para no morir víctima de las necesidades elementales del ser humano y el hecho de no perecer o dejar perecer a otros bajo el infortunio o desgracia de una situación extraordinaria, resaltando el valor y preponderancia de la vida humana frente a la propiedad pública o privada, orden público, disposiciones administrativas, entre otros. En la Doctrina pueden encontrarse textos que describen lo que podríamos llamar el origen⁹² del estado de necesidad: "El Estado de Necesidad justificante puede provenir de una conducta humana o de una fuerza de la naturaleza...". También puede originarse de "...propias necesidades fisiológicas, como es el hambre o la sed o la necesidad de movimiento, de reposo o de

⁹¹ Pérez, L (1981) Derecho Penal. Parte General y Especial. Ed. Temis. Bogotá.

⁹² Es particularmente llamativo el desarrollo doctrinario de los orígenes del estado de necesidad penal en la legislación colombiana. Señala Reyes (1981) que el peligro puede provenir: a.- de acto inconsciente de la persona, como cuando a consecuencia de un acceso epiléptico, el sujeto arrastra en su caída una lámpara de gasolina y ocasiona un incendio. b.- de acto voluntario o involuntario de un tercero, como en la hipótesis de quien prende fuego al pastizal de su heredad y este se propaga al fundo vecino. c.- de un hecho puramente natural, sin ninguna intervención humana; tal es el caso del terremoto, inundación, incendio por cortocircuito, etc. y d.- por actividad de animales, como cuando una manada de vacunos rompe los diques de un canal y causa una inundación". Por su parte, Gómez (1991) señala que "el origen del peligro puede ser múltiple... en el Estado de Necesidad el riesgo puede originarse de un hecho de la naturaleza; como huracán, terremoto, inundación; en fuerzas físicas como el incendio, el frío; en situaciones humanas o sociales, como la desnudez, el hambre, la enfermedad, las necesidades fisiológicas, la seguridad, el ataque de animales, el peligro originado en cosas; en situaciones sociales o colectivas, etc." Más adelante hace la siguiente clasificación: "el peligro puede provenir de factores endógenos o exógenos; así, en el primer caso, de enfermedad, de parto, hambre, cansancio, agotamiento; y en el segundo, por ejemplo, de incendio, inundación, derrumbamiento, asonada, y puede afectar cualquier bien jurídico..."

evacuación..."⁹³ "La causa de tal situación es indiferente y, por lo mismo, el Estado de Necesidad no se da sólo cuando el peligro lo determinan energías ciegas de la naturaleza.... El peligro puede provenir también de la agresión de un hombre..."⁹⁴. "Dicha situación puede haber sido creada por el acaso (avalanchas, incendios, terremotos, maremotos), por la acción de un tercero distinto de aquel en contra del cual se dirigirá la reacción salvadora o, incluso, por un acto fortuito, culposo o, aun, doloso del necesitado... La situación de necesidad puede también ser provocada por una agresión ilegítima..."⁹⁵. Soler afirma que "el Estado de Necesidad se trata de una situación natural o física de peligro para un bien jurídicamente protegido"⁹⁶. Rodríguez prefiere hablar de "casos extremos", sin entrar en detalles⁹⁷, mientras que Quintano habla de "situaciones de miseria total"⁹⁸. ⁹⁹Mendoza señala que "para la consideración del Estado de Necesidad" en el derecho venezolano, el peligro puede provenir de la propia persona que actúa en su salvación, de terceras personas, de los animales, de las fuerzas de la naturaleza, fuerza mayor o caso fortuito".

Aunque la idea que mejor dibuja su intención es la que está directamente vinculada con la necesidad instintiva de sobrevivir, su aspecto nuclear es una situación de peligro y esta expresión "situación de peligro"-que podemos encontrarla bajo distintas denominaciones en otras legislaciones, tales como: agresión injusta, mal propio o ajeno, realidad o peligro inminente, entre otras- es una expresión abierta que dió lugar a variadas interpretaciones, lo que a su vez permitió que su interpretación arrojara situaciones de diversa índole, manteniéndose bajo este formato hasta el presente. Esto resulta más o menos lógico porque el derecho debe evitar al máximo el casuismo a nivel legislativo, de manera que hubiera sido imposible hacer un listado de las posibles situaciones de peligro que quedaban amparadas bajo este supuesto.

⁹³ Zaffaroni, E (1973) Teoría del Delito. Ed. Ediar. Buenos Aires.

⁹⁴ Antolisei, F (1988) Manual de Derecho Penal. Parte General. Ed. Temis. Bogotá.

⁹⁵ Cury, E (1992) Manual de...

⁹⁶ Soler, S (1983) Derecho Penal ...

⁹⁷ Rodríguez, J (1973) Derecho Penal ...

⁹⁸ Quintano, A (1963) Curso de Derecho Penal. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.

⁹⁹ Mendoza, J (1974) Curso de

Es evidente que esta institución penal desde sus formas legislativas más rudimentarias se caracterizó bien por una concepción marcadamente naturalista -eventos naturales o situaciones ligadas a la naturaleza humana- o por situaciones provocadas por el azar. Su construcción normativa estuvo a la medida de los hechos y acontecimientos que le dieron origen, lo cual permitió no aventurarse en la solución de aquellos conflictos, ni resolverlos injustamente tratando de aplicarles una fórmula legal que desconociera la esencia de aquella realidad de infortunio. De esta forma se restringe su interpretación casi de manera exclusiva a lo naturalista, sin embargo, entre la norma y la realidad que la norma regula se logró un buen nivel de identificación que hizo que la norma lograra su cometido, cumpliendo las expectativas sociales.

La tradición tanto dogmática como interpretativa del estado de necesidad que hemos referido supra, se ha mantenido a lo largo de la historia, conservando casi intacta la esencia de esta institución penal.

Para dar muestra de ello presentaré en un cuadro comparativo el tratamiento legislativo contemporáneo que recibe el estado de necesidad en una muestra aleatoria de 11 países escogidos al azar a fin de revisar las características que tienen en común con la norma del código penal venezolano así como las distinciones que las hacen singulares. Los países seleccionados son: Colombia¹⁰⁰, España¹⁰¹, Alemania¹⁰², Argentina¹⁰³, Chile¹⁰⁴,

¹⁰⁰Principios Generales. Art 32. Ausencia de responsabilidad penal. "No habrá lugar a resposanbilidad penal cuando... 6º se obre por la necesidad de defender un derecho propio o ajeno contra injusta agresión actual o inminente, inevitable de otra manera, que el agente no haya causado intencionalmente o por imprudencia o que no tenga el deber jurídico de afrontar"

¹⁰¹Capítulo II. De las causas que eximen la responsabilidad criminal. Art 20. "Están excentos 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 : 1º que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2º que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. 3º que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse".

¹⁰²Parte General. Capítulo II. El Hecho. Título IV Legítima Defensa y Estado de Necesidad. Art 34 "Estado de necesidad justificante: quien en un peligro actual para la vida, la libertad, el honor, la propiedad u otro bien jurídico no evitable de otra manera, cometa un hecho con el fin de evitar un peligro para sí o para otro, no

actúa antijurídicamente si en la ponderación de los intereses en conflicto, en particular de los bienes jurídicos afectados y de su grado de peligro amenazante, prevalecen esencialmente los intereses protegidos sobre los perjudicados. Sin embargo esto rige en tanto el hecho sea un medio adecuado para evitar el peligro”.

¹⁰³Título V Imputabilidad. Art 34. “No son punibles: ...3º El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que haya sido extraño”

¹⁰⁴Título I De los delitos y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan. Art 10 “Están exentos de responsabilidad criminal... 7º el que para evitar un mal ejecute un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1º realidad o peligro inminente el cual se trata de evitar. 2º que sea mayor que el causado para evitarlo. 3º que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”

¹⁰⁵Capítulo IV Causas de exclusión del delito. Libro I. Título I Responsabilidad Penal. Art 15 “El delito se excluye cuando: ...V.- se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”

¹⁰⁶Título II El hecho punible. Sección IV. Causas de justificación. Estado de necesidad. Art 27 “No comete delito el que ante una situación de peligro para bien jurídico propio o ajeno, lesiona otro, para evitar un mal mayor siempre que concurren los siguientes requisitos: a.- que el peligro sea actual o inminente. b.- que no lo haya provocado voluntariamente. c.- que no sea evitable de otra manera. Si el titular del bien que se trata de salvar tiene el deber jurídico de afrontar el riesgo, no se aplicará lo dispuesto en este artículo”

¹⁰⁷ Capítulo II Bases de la punibilidad. Art 12 “Estado de necesidad. Está exento de responsabilidad el que para evitar una lesión a un bien jurídico propio o ajeno, no superable de otra manera, incurra en un tipo penal, cuando concurren los siguientes requisitos: 1.- que la lesión causada no sea mayor que la que se trata de evitar, tomando en cuenta principalmente, la equivalencia en la calidad de los bienes jurídicos comprometidos. 2.- que la lesión que se evita sea inminente, actual e importante. 3.- que la situación de necesidad no hubiera sido provocada intencionalmente por el sujeto y 4.- que el necesitado no tenga por su oficio o cargo la obligación de afrontar el peligro”

¹⁰⁸Libro I Parte General. Título II. Cap. III causas que eximen o atenúan la responsabilidad penal. Art 20 . “Inimputabilidad. Está exento de responsabilidad penal. El que ante un peligro actual e insuperable de otro modo, que amenace la vida, la integridad corporal, la libertad u otro bien jurídico, realiza un hecho destinado a conjurar dicho peligro de si o de otro, siempre que concurren los siguientes requisitos: a.- cuando la apreciación de los bienes jurídicos en conflicto afectados y de la intensidad del peligro que amenaza, el bien protegido resulta predominante sobre el interés dañado y b.- cuando se emplee un medio adecuado para vencer el peligro”

¹⁰⁹Título III causas que eximen de responsabilidad penal. Capítulo II. Causas de Justificación. Art 24 “Se halla exento de responsabilidad penal... ord 4º quien haya cometido un hecho obligado por la necesidad de salvarse o de salvar a otro u otros de un peligro no causado por el voluntariamente ni evitable de otra manera siempre que el hecho sea proporcionado al peligro. Esta excención se extiende al que haya causado daño en el patrimonio ajeno si concurren las siguientes condiciones: a.- realidad del mal que se trata de evitar. b.- que dicho mal sea mayor que el causado para evitarlo. c.- que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo. No puede alegar estado de necesidad quien tenía el deber de afrontar el peligro”

¹¹⁰Capo I Del reato consumato e tentato. Art. 54 “Non è punibile chi ha commesso il fatto per esservi stato costretto dalla necessità di salvare sé od altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo da lui non volontariamente causato, né altrimenti evitabile, sempre che il fatto sia proporzionato al pericolo. Questa disposizione non si applica a chi ha un particolare dovere giuridico di esporsi al pericolo”. Capítulo I Del delito consumado y tentado. Art 54 “No es punible quien ha cometido el hecho constreñido o ello por la necesidad de salvarse a sí mismo o de salvar otro del peligro actual de un daño grave a la persona, peligro no voluntariamente causado por él ni de otro modo evitable, siempre que el hecho sea proporcionado al peligro. Esta disposición no se aplica a quien tenga un deber jurídico particular de exponerse al peligro”.

Capítulo IV

4.1.- La situación de necesidad penal originada por causas sociales y las desigualdades sociales. Legitimidad axiológica de esta propuesta.

El carácter esencialmente jurídico de esta investigación no nos permite detenernos a indagar sobre los orígenes de la pobreza¹¹¹ ni de las desigualdades sociales ni a dudar sobre su existencia. Partiremos de la premisa que señala que tales desigualdades existen indistintamente de cual fuere su origen. Basta pasar una rápida ojeada a los reportes e informes que muestran la cantidad de personas que hoy en día no tienen los recursos para comer tres veces por día, de personas que no tienen acceso a la electricidad, al agua, aunado ésto a las implicaciones a nivel de salud, los niños y en general los menores de 18 años de edad que trabajan en la calle y colaboran con el sustento de sus hogares, las familias que se sostienen en la vulnerabilidad de la economía informal y las que viven con un ingreso mucho menor del salario promedio mensual, por solo mencionar algunos sectores de este universo de pobreza y sus diferentes niveles de expresión.

Si se entiende la pobreza partiendo del criterio del ingreso menor de un dolar diario¹¹² o bien si se entiende como “la privación de necesidades básicas”(Sen, 2002), ello no obsta para determinar que la pobreza es un fenómeno mundial, que nos aqueja a todos, que nos hace llamados de reflexión, que hoy más que nunca está en el tapete a propósito de los debates que ha generado la globalización, que deslegitima sistemas democráticos y que está diseñado sobre el concepto económico neo-liberal de exclusión social. A

¹¹¹ En el marco de este proyecto cuando nos refiramos a pobreza estamos refiriendo los niveles más críticos de pobreza, es decir, de condiciones de pobreza extrema, que para el caso Venezuela se ubican actualmente en un 23,8% en relación al índice de pobreza “no extrema” que oscila al rededor de un 57%. Ver Índice de pobreza. Por qué las discrepancias? En www.veneconomía.com

¹¹² Criterio establecido por el Banco Mundial para fijar un límite a lo que se conoce como “línea internacional de pobreza extrema”. Este límite fue modificado por la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estableciendo dos dolares en lugar de uno como el criterio válido toda vez que se advierten las diferencias entre unas y otras regiones y partiendo de los inconvenientes que trae consigo el valor de cambio de la divisa estadounidense. (Cariboni, 2007)

propósito de este aspecto, es de advertir que mucho antes de que la globalización y sus implicaciones estuvieran en primer plano de la discusión de sociólogos, economistas, filósofos y juristas, entre otros, y con mucha más fuerza hoy en día que el tema se muestra álgido y complicado, Venezuela ha enfrentado serios problemas relacionados con la pobreza y desigualdades socio-económicas.

Según investigadores que han abordado de manera científica el tema, en la actualidad Venezuela enfrenta un grave problema de pobreza¹¹³ adicionalmente se presenta el problema de la falta de información precisa y honesta sobre el problema de pobreza, cifras en las que es incierto confiar. Esto agrava aún más la situación de esta problemática, toda vez que el diseño y definición de cualquier política pública enfocada a este problema, debe contar con estudios y cifras confiables. Aunque las cifras de pobreza¹¹⁴ no sean el aspecto central de esta investigación, es importante tenerlas en cuenta para su planteamiento general.

Basta con revisar bibliografía especializada en el tema de la globalización y traer al tapete algunas de las más álgidas discusiones a las que esta expresión y sus implicaciones han dado lugar, para contextualizar y actualizar el problema de la pobreza y los factores que más fuertemente se muestran como los responsables directos de elevados índices de pobreza no solo en Venezuela sino a nivel mundial. Bien que entendamos la globalización como un proceso que aún se está gestando o como un fenómeno, que le demos un carácter marcadamente económico en lugar de uno social, bien que reconozcamos que no es para nada novedoso y que sus antecedentes hacen parte de un pasado cercano o que lo percibamos como el más post-moderno de los

¹¹³ El proyecto pobreza que lleva adelante la Universidad Católica Andrés Bello (UCAB) en Venezuela desde hace aproximadamente 11 años bajo la responsabilidad del Profesor Luis Pedro España, refleja que este país enfrenta actualmente alrededor de un 57% de pobreza. Ver www.pobreza.org.ve

¹¹⁴ El abordaje de estos temas pasa por revisar y delimitar conceptos básicos, toda vez que de los criterios metodológicos que se utilicen para definirlos incidirá de manera dramática en los datos que se obtendrán. Tal es el caso que si unos investigadores en la medición de la pobreza toman el ingreso menor de un dolar como el criterio indicador de un hogar pobre y otros investigadores parten de un criterio cualitativamente distinto, ambos llegarán a resultados diferentes, reflejando verdades parciales y sesgadas del fenómeno.

actuales fenómenos, hay algo cierto con el proceso de globalización y es que uno de sus efectos más marcados es el acento que ha puesto en la división de clases sociales a partir del reconocimiento del libre mercado como nuevo modelo económico mundial y en esto compartimos las ideas de Guiddens (1999) cuando señala que “la modernidad y la globalización producen diferencia, exclusión y marginalización” (p,39).

Beck (2008) es aún más drástico y reduce la noción de globalización a la interconexión entre lo político y lo económico dejando en un segundo plano de importancia lo social, lo jurídico y la propia idea del Estado-nación, señalando que es el capital el actor principal en la puesta en escena que brinda la globalización toda vez que es él quien diseña las nuevas estrategias de movilidad y de acción dentro de un espacio territorial determinado, imponiendo nuevas formas y condiciones de vida. “La globalización de la economía en susencia de reglas ha producido de esta manera un crecimiento exponencial de las desigualdades, de la concentración de la riqueza, y a la vez de la expansión de la pobreza del hambre y de la explotación” (Ferrajoli, 2008, p,59)

De una revisión de las nociones del estado de necesidad penal trabajadas en el capítulo III, a la luz de esta realidad, aunado a la revisión de las obligaciones incumplidas del Estado en el marco de los principios constitucionales de nuestra carta magna, puede inferirse que las condiciones de vida, subsistencia y sobrevivencia que brindan la mayoría de los actuales modelos de Estados marcados por fuertes diferencias sociales, nos obligaría a replantear las situaciones que generan el estado de necesidad penal legitimando la situación de extrema exclusión social de pobreza crítica como causa de justificación social.

Cabría preguntarse ¿bajo qué presupuestos, un Estado carente de políticas públicas orientadas a la atención de las necesidades básicas de sus co-asociados, vacío de estrategias cívicas que den vida a los llamados derechos sociales, cuya administración plagada de corrupción desvia y mal emplea el uso de los fondos públicos, que miente

descaradamente a su población con respecto a la relación ingresos-inversión, que no genera ni procura espacios de diálogo y discusión donde las necesidades de los ciudadanos sean planteadas y resueltas, puede crear, argumentar y fundamentar una responsabilidad de naturaleza penal para sus co-asociados que en situaciones sociales extremas y para compensar esas necesidades básicas no satisfechas, no tienen más opción que violentar el Derecho como única manera de sobrevivencia?

Cuando revisamos la posibilidad de incluir las necesidades sociales básicas como posibles situaciones que podrían generar una justificación en la violencia contra el Derecho de otro, estamos sustentando esta idea en una interpretación axiológica y de naturaleza constitucional a partir de la cual sentimos que es necesario permitir que el Derecho Penal se deje informar del sentido material que proporciona contenido a los derechos. Estamos partiendo de que la vigente norma del estado de necesidad penal podría dar cabida a estas situaciones en las que se encuentran día a día millones de personas excluidas de antemano del sistema y cuya situación social es sin lugar a dudas el estado de naturaleza que nos describiera Hobbes (1999) al exponer su propuesta del contrato social en el Leviatán.

Estamos partiendo de que de la misma manera que se afirma que el sistema penal está resultando insuficiente para enfrentar las nuevas formas de criminalidad, que sus métodos resultan arcaicos y en desuso en relación a los cambios sociales que determinan nuevas formas del fenómeno criminal, de esa misma forma estos cambios sociales exigen a la sociedad nuevas formas de entender, interpretar y aplicar el Derecho, sin que con ello se quiera llegar a violentar o debilitar el Derecho como estructura social. En tal sentido corresponde a los operarios del sistema penal no obviar los cambios sociales, no hacerse de la vista gorda en esas zonas grises en las que los principios teóricos del Derecho no alcanzan la claridad y transparencia deseadas y tienen que recurrir a principios supra-legales, metateóricos y a niveles de flexibilización que no violenten el

Derecho pero que tampoco desconozcan la condición humana de quienes padecen serias dificultades para obedecer y comportarse conforme el modelo jurídico imperante.

Es importante tener claro que una contextualización del Derecho Penal y sus instituciones pasa por entender que los sistemas socio-económicos sobre los que están edificados la gran mayoría de las democracias actuales conjuga una serie de factores sociales, políticos, culturales y económicos que alienan y condicionan en mucho la voluntad humana de quienes conviven constantemente enfrentando las grotescas consecuencias de la falta de políticas que les atiendan mínimamente sus necesidades básicas. “¿Se puede hablar de Democracia al margen de sus claros y oscuros, pliegues y repliegues, cuando millones de hombres y mujeres son decretados no exitosos para la vida, marginados socialmente y objeto a la vez, del ajuste de los supuestos éxitos que dicen acompañar los sistemas neoliberales de la economía?” (Neuman, 1997, p, 349)

Este planteamiento pasa también por reconocer que muchas de las decisiones gubernamentales se divorcian totalmente de los problemas reales y de la diaria vivencia de la gente común, pasa por reconocer que cada vez los representados desconocen más a su representantes como defensores de sus derechos y espacios y de que hay un sin fin de reclamos, exigencias, sugerencias y peticiones de los grupos menos favorecidos que no tienen posibilidad de ser escuchadas ni atendidas y peor aún frente a las cuales no existen ninguna voluntad ni intención de que sean satisfechas.

Estas circunstancias que determinan el diario quehacer de millones de seres humanos pone en tela de juicio la noción de libertad, un concepto básico que no admite medias tintas en el Derecho Penal. De qué libertad se habla cuando no existen los recursos mínimos para cubrir las necesidades básicas? Qué libertad existe en los pensamientos enajenados en los que están implicadas las posibilidades de sobrevivencia? Cabría preguntarse sin eufemismos “Un hombre que no tiene alimentos para llevar a su casa ni medicamentos si sus hijos se enferman y que además está desempleado ¿Es un hombre

libre? (Neuman, 1997, p 350) Esa capacidad de orientar y manejar la voluntad libremente escogiendo sin presiones aquello que quiero hacer, queda totalmente viciada cuando las circunstancias asumen un papel protagónico y condicionan a la persona a pensar únicamente en la solución de su problema de sobrevivencia, obviando el cómo hacerlo. A quien se le puede ocurrir que la violencia que se ejerce contra el espacio del otro, en tales condiciones de exclusión y marginalidad, no está justificada? Podríamos pensar ¿Qué es el individuo lleno de necesidades, visto como una singularidad, exigiendo al Estado el cumplimiento de sus obligaciones sociales para con el? ¿Con qué recursos cuenta? ¿Que nos ha dicho la historia en relación a estos casos? Se ha conseguido respuesta de un solo individuo? O las pocas conquistas logradas frente a la omnipotencia del Estado son el producto de protestas, esfuerzos y organización colectivas que demandan tiempo y ameritan de ciertas estrategias? Cuánto pueden esperar las necesidades básicas y más elementales? “El principal derecho humano es la vida y para sustentarla se requiere de comida y techo seguro. Para los pobres tales derechos son metafísicos, sobrenaturales” (Neuman, 1997, p, 350)

Esta propuesta que traemos acá se sostiene en la valoración de la condición del Estado venezolano como Estado social según el texto constitucional vigente. Lo cual obliga a revisar las consecuencias y efectos del incumplimiento de las obligaciones del Estado en materia social, de donde se infiere la responsabilidad del Estado frente a sus obligaciones sociales incumplidas por falta de atención de las necesidades básicas que requiere un ser humano para vivir en condiciones mínimas aceptables. Esta desatención hace que el Estado genere y profundice los diferentes niveles de desigualdad y exclusión social empujando a sus co-asociados a enfrentar este tipo de condiciones deplorables y paupérrimas de sobrevivencia, que les obligan en última instancia a violentar el Derecho.

A esta realidad, cada individuo hará frente conforme se lo permitan sus posibilidades, habilidades y destrezas y cuando la única opción de resolver estos apremios sea

violentando el Derecho de otro, hasta ahora, la respuesta del Estado ha sido “hacer justicia” imponiéndole una pena, cuando en realidad una respuesta cónsona con el sistema democrático que se establece en la carta magna amerita indagar de antemano la responsabilidad de Estado que cada día contribuye para que estas condiciones se acentuen y hagan nulas las posibilidades de una solución conforme a Derecho. Es justo reconocer que estamos obligados a una lectura más social, más actual y más cónsona con los Derechos Fundamentales¹¹⁵ y orientada por principios axiológicos en los que se reconozca que la búsqueda de soluciones eficaces, a partir de las cuales se construya y no se destruya una sociedad, es hoy por hoy uno de los retos más exigentes de los penalistas.

Se trata de poner en la mesa de discusión la legitimidad del castigo que queremos imponer a quienes actúan en situaciones y condiciones de extrema necesidad y desigualdad. Estas fuertes condiciones de desigualdad que debemos enfrentar en sociedades como las nuestras, ponen en tela de juicio la naturaleza y legitimidad de la institución del castigo y nos obligan a revisar dicha noción desde las reales condiciones en que actúa una persona que vive sometida bajo la presión de buscar las maneras formales o informales, legales o ilegales de cubrir lo básico para sobrevivir. Es menester revisar tales condiciones, conocer su origen y saber que quienes las padecen, son quienes menos han participado en que tales condiciones existan, son a quienes menos hemos llamado para ser escuchados en el diálogo social y participativo a que está obligado el Estado. Es momento de enfocar la mirada hacia el contexto y la circunstancialidad en que estas personas viven, buscando las razones y el sentido de las condiciones en que actúan y no pretender con terquedad que toda violación del Derecho debe resolverse conforme a rígidas teorías jurídicas.

¹¹⁵ Se entienden por Derechos Fundamentales aquellos derechos universales y, por ello, indispensables e inalienables, que resultan atribuidos directamente por las normas jurídicas a todos en cuanto personas, ciudadanos o capaces de obrar. Ver Ferrajoli, 2008 p, 61; 1999.

En lugar de ello debemos entender que existe una realidad social extra-jurídica que espera ser atendida por el Derecho, no visto como un bloque sólido de normas jurídicas sino como un espacio permeable por principios y normas supralegales que valoran dicha realidad desde su esencia y no desde su contradicción con el Derecho. Estos principios son los que informan al Derecho de contenido sustancial y le dan la pauta de flexibilización de sus normas en busca de soluciones viables de conflictos de sujetos reales.

Esto es lo que Duff (1998,2001) ha denominado las precondiciones de la responsabilidad criminal y expone abiertamente que cualquier explicación teórica de la pena que pretenda estudiar la justificación y la legitimación del castigo debe revisar previamente la condición justa del castigo que se impone a quienes violentan el Derecho pero cuya violación está estructuralmente vinculada a injusticias sociales y necesidades básicas del sujeto. Revisar estas condiciones, probablemente no exima en todos los casos la responsabilidad criminal frente a los hechos ofensivos al Derecho, pero en buena medida coloca al Estado en una posición en la que el castigo no puede ser impuesto de la misma manera que si tales condiciones no se revisaran o no existieran. Esta "condicionalidad social" reabre una discusión de vieja data en la que la responsabilidad penal del Estado frente a sus co-asociados es el punto central.

La creación de estas condiciones por parte del Estado, así como las respuesta penales que hasta ahora se han brindado, partiendo de que el escenario idóneo para este tipo de situaciones son las sociedades marcadamente desiguales, no es otra cosa que violencia institucional mantenida para evadir responsabilidades y justificar el mantenimiento del sistema. No es más que la consolidación de problemas estructurales de vieja data que al tiempo que coartan y limitan cada vez más las posibilidades de los individuos de actuar conforme a Derecho van debilitando la racionalidad social en la que éste debe fundamentarse. A esta violencia institucional hace contrapeso el hecho de que en las sociedades profundamente desiguales, el nivel de identidad entre los co-asociados y sus

normas es muy bajo o en algunos casos nulo, toda vez que de ninguna manera éstos pueden sentir que tales normas son producto del consenso entre ellos, o que ellas reflejan sus necesidades o que tales normas les pertenecen como producto de discusiones de abierta participación o mesas de diálogos.

Es muy interesante el señalamiento de Duff (1998) que expresa, -refiriéndose a cuáles conductas deben ser criminalizadas- que considerar un comportamiento como ofensivo al punto de exigir que sea tipificado como delito implica, que así lo ha entendido la comunidad y que frente a ello comparte un mismo punto de vista exigiendo la intervención del Estado. Y esto es así porque el Derecho es una especie de declaratoria de autoridad para todos los miembros de la comunidad y no para un sector, de modo que debe haber un mínimo acuerdo de que no se trata de un hecho que simplemente resulta molesto sino que su nivel de agresividad es de tales dimensiones que se hace necesaria la intervención del Estado.

En tal sentido, entendiendo que cada delito amerita un agente delictivo, toda la comunidad debe estar en acuerdo en que el agente delictivo sea considerado autor de ese hecho y ser llamado ante la justicia para que responda por lo que lo hizo y mucho mas debe estar de acuerdo con que para ese sujeto debe haber una pena de carácter penal. Cabe preguntarse si en el caso de una situación de necesidad penal por causas sociales la comunidad compartiría el criterio de que se trata de un delito y de considerar al agente como autor de un crimen y pedir para el una pena penal. Muy probablemente en el escenario actual que hemos descrito en esta investigación, la respuesta de esta interrogante quede en suspenso y no consiga el consenso al que se refiere Duff.

Esto nos indica que la noción de responsabilidad criminal debe racionalizarse y revisarse a la luz de estos planteamientos. La circunstancialidad social a la que nos hemos referido exige que ya no se hable de sujetos que son responsables de determinados hechos, sino que la idea de responsabilidad no se maneje in abstracto y se circunscriba al contexto de

actuación del sujeto y se pregunte entonces “¿A quien *puede* responsabilizarse penalmente?” de manera que no se trate ya de un concepto automático sino basado en “principios que nos ayuden a determinar cuando es legítimo señalar a alguien como responsable ante ley” (Duff, 2003-2004, p, 245) Y aún más que nos permita revisar ¿Qué significa ser responsable? Soy responsable de algo “cuando puedo ser llamado a responder por mis acciones, lo que no solo significa atender las condiciones y capacidades del sujeto en la comisión del hecho y escuchar sus alegatos, sino también y ante todo saber si es posible llamarle a que responda por ese hecho ante la justicia penal”(Duff, 2004-2005)

El Estado social es el Estado que tiene a cargo prestaciones y obligaciones concretas en la idea de satisfacer necesidades básicas mínimas en los distintos aspectos de la vida cívica a fin de lograr el mínimo requerido en las condiciones de vida para un ciudadano. Implican un hacer de parte de los agentes estatales y son exigibles por el ciudadano en todas las instancias pertinentes. Estas obligaciones son las que llevan a Duff a hablar de pre-condiciones de la responsabilidad criminal y es tajante al señalar que “a menos que estas condiciones estuvieren satisfechas una persona podría ser llamada ante la justicia para que un juez decidiera sobre su inocencia o culpabilidad, concluyéndose que no se trata de que no sea culpable, ni que no tenga la capacidad penal para responder por ello, ni que no pueda entender lo que hizo, sino que no puede ser juzgado por ese hecho” (Duff, 2001, 2003-2004, pp 246, 247) De manera que este autor se inclina por condicionar la posibilidad de que una persona sea llamada ante la justicia para responder por sus hechos y obliga a un análisis más real y más social que jurídico en el que se demuestre la ilegitimidad de un proceso penal instaurado en contra de un sujeto que haya actuado en estas condiciones.

Recordemos que la legitimidad de las medidas y las políticas que se implementan en un Estado democrático está condicionada por la orientación en base a los valores de ese Estado y al respeto de los Derechos fundamentales, sin olvidar que el Estado no es sino

un artificio que se justifica en tanto y en cuanto sea un instrumento para proteger a las personas naturales y jurídicas que estén bajo su resguardo. Un Estado que se fundamenta en la dignidad humana¹¹⁶ y en el mismo orden de ideas su Derecho Penal, deben orientarse de manera clara y directa a la protección del sujeto, en lugar de convertirse en un arma del Estado para agredir, vulnerar y violentar a los ciudadanos y aún con mayores razones a aquellos ciudadanos a quienes ha dejado permanentemente excluidos.

Cuando se nos obliga a responder penalmente aun en condiciones de extrema necesidad económica y exclusión social, el Derecho se convierte en un instrumento de agresión, de violencia institucional, de manera que habrá sobradas razones y sostenidas justificaciones para desconocerle y desaprobarle, habrá razones para considerar ilegítima una declaratoria de culpabilidad con su consiguiente responsabilidad criminal. Esta violencia institucional frente al desconocimiento voluntario y deliberado del Derecho como producto de la voluntad o el consenso general, generan una profunda tensión que acaba por inclinar la balanza hacia el lado del más poderoso que cuenta con las herramientas para obligar a los co-asociados a cumplir con el Derecho aun en situaciones en que las condiciones en las que sobrevive no favorezcan el respeto por éste.

Pero no es solo este problema el que se reabre a propósito de estas consideraciones, está también la aporética situación de la justificación del castigo¹¹⁷. ¿Cómo es posible

¹¹⁶El principio de dignidad humana se erigió en la carta política como el fundamento del Estado social y democrático de Derecho y su materialización está a cargo de las autoridades e instituciones del Estado. Su desconocimiento o su falta de garantías para aplicarlo, conlleva a que el Estado renuncie a sus propios fundamentos lo que deviene en la falta de capacidad de éste de exigir a sus co-asociados que satisfagan sus necesidades sólo empleando medios legales y nunca violentando el Derecho. (Csarranza, 2001)

¹¹⁷ Este es un punto muy discutido y de relevante importancia, profusamente abordado y discutido en la ciencia jurídica y en la ciencia filosófica, pero que escapa a los propósitos de esta investigación. Más sin embargo debe acotarse que partiendo de la naturaleza del Estado venezolano como un Estado Democrático, se tiene que el fin de la pena debe estar orientado hacia la función preventiva. Cabría preguntarse entonces cumple el Estado venezolano con la función de la prevención cuando impone una pena en un supuesto de situación penal de necesidad originada por causas sociales?

justificar la imposición de una pena, en el marco de un proceso penal ilegítimo? ¿Que legitima su imposición si las condiciones en las que estas personas tratan de sobrevivir son en sí mismas una suerte de castigo? ¿Sobre la base de qué argumentos puede el Estado irresponsable en el cumplimiento de sus obligaciones mínimas, pedir a estas personas que respondan ante la justicia en eventos en los que no han podido responder de otra manera que violentando el Derecho? ¿Es legítimo el castigo que se impone a quien no podía actuar de manera diferente porque sus condiciones de vida no se lo permiten?, que nivel de participación ha tenido esta persona en que tales condiciones de vida se presenten de esta manera? ¿Es válido que el Estado considere a estos individuos como ciudadanos para llamarlos a que respondan por las infracciones cometidas pero que no los considere tales cuando se trata de cumplir con sus responsabilidades? ¿En que consiste el trato como ciudadanos?¹¹⁸ ¿Qué hacer con la pena en estos casos? ¿Debemos absolver? ¿Sobre la base de qué explicación absolveríamos? ¿Le conviene al Estado poner en el tapete esta discusión? ¿Estaría dispuesto a poner al descubierto sus responsabilidades directas? ¿Se estaría sentando un precedente muy delicado? ¿A partir de esto se haría insostenible mantener vigente el sistema y su funcionamiento connivente con el modelo de exclusión social? ¿Es este el comportamiento que se espera de un Estado protector del sujeto? ¿En qué se fundamenta esta exigencia de responsabilidad criminal cuando en realidad la garantía a la que tienen derecho como co-asociados no existe y se han obviado los mecanismos para que la protección estatal no se materialice bajo formas y condiciones de vida óptimas? Cabe directamente la siguiente interrogante Es responsable este sujeto? Responsable de que? De haber sido excluido? De formar parte de las listas de población en estado de extrema pobreza? Responsable frente a quien? Frente al Estado que a su vez es el responsable directo de que esta persona enfrente las condiciones de miseria y marginalidad que lo llevan a reaccionar de esta manera para sobrevivir? Es responsable frente a la víctima directa de su hecho? Como quedan en estos casos las víctimas si no existen condiciones para

¹¹⁸ “Desde la pobreza y menos aún desde la miseria el orden social no puede engendrar ciudadanos” (Neuman, 1997, p,350)

establecer claras responsabilidades? A estas situaciones debe volcarse el Derecho en la búsqueda oportuna y eficiente de respuestas cónsonas con los principios fundamentales del Estado de Derecho, sobre todo si se piensa que ellas puedan dar lugar a reacciones y respuestas informales del Derecho, generando anarquía y precarios de estados de naturaleza.

Estas y otras interrogantes develan la cuestión ética que subyace a estas situaciones límites que debilitan al Estado social, ponen en tela de juicio al Derecho y minimizan al ciudadano. Por ello es menester a la brevedad incorporar en el abordaje teórico de la justificación del castigo, poniendo a prueba cualquiera de las teorías que pretenda adentrarse en esta discusión, el problema de quien debería ser castigado por haber violentado el Derecho en situaciones de extrema exclusión social. Y de manera radical debemos considerar que no es legítima ni válida una teoría de la justificación del castigo que no contemple este tipo de supuestos y que obvie traer a la mesa de discusión estas cuestiones éticas.

Corresponde revisar las razones por las que el Derecho justificaría una persona que para encarar estas situaciones buscar violentar el espacio de otro, y obviamente esta revisión nos hará voltear la mirada a las condiciones en que dichas personas actuaron.

En este nivel es que debe revisarse la responsabilidad en casos en los que las personas actúan bajo la presión de las condiciones infrahumanas en las que han sido obligados a vivir. Esta responsabilidad penal vista no unilateralmente sino bilateralmente donde cada parte asume la cuota que le corresponde y en la que los jueces, no solo de este país sino del mundo, levanten su mano para declarar absuelta una persona por haber violentado el Derecho actuando bajo la presión de las formas más grotescas de las necesidades económicas que le han sido impuestas, la que vemos orientada al concepto de justicia, la que refleja los principios de la constitución, la que de manera equilibrada mira a ambos lados y reparte obligaciones y deberes de manera equitativa.

4.2.- La situación de necesidad penal originada por causas sociales. Cuestiones político-criminales. Reflexiones finales.

Tal como lo hemos señalado en investigaciones anteriores y siguiendo a teóricos¹¹⁹ de la ciencia jurídica, la política criminal no es más que el área de la política pública del Estado encaminada a dar respuesta a los asuntos de naturaleza criminal. Ella debe entenderse “como un sector de la política jurídica enmarcada en la macro política, que como gestión pública, corresponde al Estado entre las distintas tareas que le conciernen en aras a la atención eficiente e idónea que debe prestar a las necesidades de sus ciudadanos” (Bolaños, 2006, p, 197). La revisión de la doctrina nos acerca a ciertas expresiones utilizadas por los teóricos para referirse a ella, a saber: Roxin (1992) habla de “estrategia social”; Fernández (2002) de “ordenación o disposición de medios sociales”; Zúñiga (2001) de “conjunto de estrategias para un determinado fin” y en el mismo orden de ideas se expresan la mayoría de los autores¹²⁰ que abordan el tema. Silva (2000) señala que hay que distinguir entre la praxis de la Política Criminal y una Política Criminal teórica, la primera refiere las actividades organizadas y ordenadas a la protección de individuos y sociedad en la evitación del delito, mientras que la segunda la conforman los principios teóricos que dotan la praxis de una racionalidad.

La noción de política refiere un conjunto de medidas lógicas, sistemáticas y ordenadas conforme a un fin específico que persigue el Estado en coherencia con la pretensión que tenga y los objetivos que quiera alcanzar en materia criminal. Tales objetivos a su vez

¹¹⁹ Zipf (1979) y Von Listz (s/f) ambos autores son contestes con la idea de dar preminencia al sustantivo “política” y no al adjetivo “criminal” para entender que se trata de medidas tomadas por el Estado para hacer frente al fenómeno criminal, bien para tratar de resolver problemas puntuales o para prevenir su aparición. Es particularmente interesante la posición de Zúñiga (2001) cuando señala que la Política Criminal al ser una disciplina que está vinculada con una serie de ciencias y que se nutre de varios saberes... como el Derecho Penal, la Criminología, la Sociología y la Ciencia Política, entre otros, se encuentra en el desafío de delimitar su propio objeto y significar su propio método científico para fundamentar su identidad como saber autónomo” (p,21). Silva (2000) da preminencia a la racionalidad como un elemento de importancia en la Política Criminal.

¹²⁰ Mezger (1942); Jescheck (1981); Von Listz (s/f); Zaffaroni (2005); Baratta (1994); y Mir (1994), entre otros.

deben ser cónsonos con la naturaleza social y política del Estado. Indistintamente de la denominación que le demos, es claro que la Política Criminal “que se enfrenta con los fines y contenidos sociales del Derecho Penal, está situada fuera de lo jurídico” (Roxin, 2000, p, 41) de modo que es la realidad social la que en última instancia informa de contenido y sustancia a la medida político-criminal. Ella es mucho más amplia que el Derecho Penal y todo cuanto concierne a éste, está contenido en ella.

El diseño, creación e implementación de medidas gubernamentales, indistintamente de la materia a la que atiendan, deben estar enmarcadas en un plan de acción social que se trabaja desde y conforme los fines que se pretenden alcanzar con la implementación de la medida. De manera que la medida debe ser cónsona con ciertos aspectos que deben tenerse en consideración para su creación e implementación. La Política Criminal se nos muestra como un constructo sistémico que parte de una base política y más concretamente de una política en materia jurídica, se nutre tanto del ser del fenómeno delictivo como de su valoración normativa, pero al mismo tiempo advierte el marco normativo en el que se fundamenta el Estado. En tal sentido, ella deviene en una expresión de la axiología toda vez que en sí misma implica tomar decisiones en el abordaje de problemas concretos, adoptando una determinada postura teórico-práctica a partir de la valoración que se haga del problema y teniendo como sustrato teórico los principios políticos, que determinan la naturaleza del Estado.

En criterio de Zúñiga (2001) la labor de la Política Criminal no es fácil porque su racionalización pasa por establecer los fundamentos valorativos de los que parte y a los que se dirige. En este sentido, toda medida político criminal creada e impuesta por el Estado venezolano debe tener como premisa fundamental los valores que contempla el artículo 3º de la carta magna, a saber, la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos

y consagrados en esta constitución. Advierte la norma que la educación y el trabajo constituyen los procesos fundamentales para alcanzar tales fines.

Entre los factores a considerar para la creación e implementación de medidas político criminales podemos señalar: el carácter ontológico de la criminalidad como fenómeno, la normativa penal que aborda el problema aunado a los principios jurídicos que lo rigen y la realidad axiológica-normativa¹²¹ del Estado en el que dicha medida será implementada. Esto significa que no toda medida hace parte de una política, puesto que una medida “improvisada, carente de base fáctica, que atienda intereses sesgados o momentáneos, que no obedezca a un plan coherente, que desconozca la sistematicidad de medidas anteriores, que no se oriente a la obtención de una meta específica cónsona con el modelo de Estado y en la que se haya obviado la naturaleza ontológica del problema que se quiere atender” (Bolaños, 2006, p, 199) está lejos de hacer parte de una política y constituye en sí misma un contrasentido¹²².

Revisaremos de manera sucinta cada uno de estos factores para adentrarnos en el planteamiento y naturaleza de una política criminal pertinente para la situación de necesidad penal originada por causas sociales conexas con las reflexiones finales de esta propuesta.

En primer término está el carácter ontológico del problema a abordar, es decir, de la criminalidad. En este aspecto netamente práctico de la política criminal colabora abiertamente la criminología¹²³, que con sus aportes y metodologías óptimas en el

¹²¹ En criterio de Zuñiga (2001) esta realidad más que un factor a tener en cuenta en el diseño de medidas se constituye en sí misma en una aporía toda vez que esta realidad del Estado se fundamenta en valores y está orientada a fines. Conforme a nuestro criterio este elemento es cónsono con la idea de que los problemas político-criminales configuran el contenido de la Teoría General del Delito.

¹²² Al respecto Roxin (2000) señala que deben evitarse medidas “de contenido básicamente simbólico, esto es, una respuesta con la cual se autorrefirman los componentes ideológicos del poder o sólo se quiera apaciguar la opinión pública”

¹²³ No es objeto de la presente investigación adentrarse en las distintas corrientes criminológicas que han ensayado una respuesta al problema de la criminalidad ni las teorías que han pretendido explicarlo. Se trata

abordaje del fenómeno criminal resulta acertada en las respuestas idóneas que atiendan directamente a la naturaleza de este fenómeno. La criminología está diseñada para la comprensión del fenómeno delictivo, del delincuente y de la interacción entre ambos. Y fundamentalmente en relación al primero está en capacidad de planificar en función de la prevención. Con respecto a esto traemos a colación el grave problema que se presenta con relación a las estadísticas de la pobreza y al cual hicimos referencia en el punto anterior, asumiendo que la eficacia de una medida político-criminal pasa por la honestidad de los datos con que se trabaje y la sinceridad metodológica y científica del investigador que aborda el problema.

En el análisis interdisciplinar del delito como fenómeno social pueden resaltarse cuestiones como las siguientes ¿Qué estimaciones valorativas de naturaleza social, jurídica o política definen las conductas como delictivas? ¿Qué argumentos sostienen la excensión de responsabilidad penal? ¿Qué conductas han quedado en desuso de manera que su tipificación como delito no se corresponde con el nivel de avance social? ¿De cuales criterios de distribución se vale la sociedad para adjudicar responsabilidades y repartir cargas sociales con los problemas que inciden directamente en la criminalidad? ¿En base a que principio teórico decidimos hacer responsable a una persona y no a otra por la misma conducta delictiva? ¿Que relación existe entre delincuencia y pobreza? Relación entre nivel educativo, condición social e índices de criminalidad, la cuestión de las medidas inmediatistas, populistas y coyunturales, la cuestión de la sanción más llamativa y más vistosa pero sin ningún efecto real, por sólo mencionar algunos.

Desde la observación de la sociedad e inducción como método de creación del conocimiento, la Criminología aborda éstos y otros tópicos, aportando datos necesarios para el diseño, mantenimiento, implementación, suspensión o eliminación de medidas orientadas a hacer frente o a prevenir el fenómeno de la criminalidad en sus diferentes

encambio de resaltar el aspecto práctico que le corresponde aportar a la Criminología en lo que se refiere al diseño de medidas y estrategias públicas con las que se quiera afrontar y prevenir la criminalidad.

niveles y respuestas. De esta manera la Criminología nos orienta en la actual comprensión del “delito que se entiende mayoritadamente como una construcción social realizada en la sociedad mediante el proceso de socialización” (Zúñiga, 2001, p, 140).

El fenómeno que a la Criminología le corresponde abordar de manera científica, extrayendo de la realidad reacciones y vivencias, es el mismo fenómeno que las medidas coherentes y sistemáticas de la política criminal le corresponde atender y prevenir, de allí que los datos y elementos aportados por la Criminología apuntan directamente al éxito de la medida político-criminal y de la planificación futura que la incluya. De ello se desprende que parte del éxito de las medidas político-criminales que se quieran implementar pasa por tener en cuenta la naturaleza propia del fenómeno criminal, sus expresiones, las factores que la determinan y que inciden de manera distinta en su aparición, las circunstancias que la condicionan, sus formas de expresión, entre otros. Conocer cada uno de estos aspectos abona positivamente en que la medida sea idónea.

Otra consideración a tener en cuenta en la construcción de medidas político-criminales, es la cuestión normativa de las causas de justificación, esto es, la norma penal que consagra la excusión de responsabilidad para el estado de necesidad penal. Ante todo debe señalarse que conforme al sistema venezolano las causas de justificación se entienden como situaciones que excluyen la responsabilidad penal cuando en un conflicto de intereses se da preeminencia a un bien jurídico frente a otro, sacrificándolo en aras de solventar, -en el caso que nos ocupa- una situación de peligro inminente. El Derecho Penal Venezolano no escapa a la consideración teórica generalizada que expone que los cambios y transformaciones sociales se identifican en la doctrina penal con las causas de justificación, de manera que con este elemento del delito se abre una compuerta a través de la cual se permea el Derecho de principios supra-jurídicos que materializan y concretan los valores del Estado.

Tal como lo abordaremos en el punto 1 del capítulo anterior, en la revisión de la naturaleza jurídica y requisitos del estado de necesidad, puede inferirse, que esta causa de justificación penal no escapa a la propuesta del artículo 65 ordinal 3º del Código Penal, y que es menester actualizar y contextualizar la interpretación tímida y vestusta que se le ha venido dando a la norma, la cual ha estado caracterizada fundamentalmente por factores históricos. Esta consideración actual de la norma del estado de necesidad, no es otra cosa que su revisión a la luz de los principios político-criminales y de los fundamentos axiológicos¹²⁴ de la ciencia jurídica.

No hay razones jurídicas ni constitucionales ni sociales ni axiológicas que excluyan del texto del artículo 65 ord 3º la situación de necesidad originada por causas sociales. Muy por el contrario existen principios constitucionales y jurídicos que enmarcados en la vanguardia de la interpretación axiológica y garantista del Derecho nos obligan a revisar el contenido de ciertas instituciones penales, entre las que se cuenta el estado de necesidad penal. Esta revisión nos confronta con la responsabilidad del Estado y nos hace develar los criterios de diferenciación que marginalizan y excluyen una parte de la población en la selección social que realiza el sistema de conformidad con los principios que le permiten mantenerse vigente y autolegitimarse en su funcionamiento selectivo. En opinión de Roxin (2000) este proceso de cambio no viene solo por la vía de la transformación de la ley positiva sino también por vía de la creación consuetudinaria o judicial del Derecho que se hace evidente en el estado de necesidad supralegal.

La revisión teórica de cada uno de los requisitos exigidos para el estado de necesidad, en ningún momento excluyen las causas sociales, que antes que mermar y tender a desaparecer, crecen, se multiplican y se afianzan en la estructura social asfixiando a un número cada vez mayor de personas. Esta situacionalidad social, que tal como quedó

¹²⁴ Esta fundamentación axiológica viene por vía del Neo-Kantismo y según el criterio de Roxin (2000) ha conducido a que... en las causas de justificación con la llamada teoría de la antijuridicidad material y a la culpabilidad con su reducción a la característica de la reprochabilidad, se les haya dado una base normativa de las que han nacido las causas de justificación del estado de necesidad supralegal y la idea de exigibilidad en la teoría de la culpabilidad.

establecido en el punto anterior, no es decidida ni escogida por quienes la padecen, es una realidad latente que desdibuja, hasta hacer desaparecer, la legitimidad del Estado al momento de hacer responder a quienes obligados por estas circunstancias reaccionan violentando el Derecho como única opción para sobrevivir.

En materia jurídica es harto conocido que el problema de la legitimidad¹²⁵ del Estado y por consiguiente del Derecho que nace de él, debe ubicarse en factores externos a éstos, quedando sin efecto cualquier fuente de autolegitimidad que pretenda dar cuenta de las bondades del Estado y del Derecho. En tal sentido, es la circunstancialidad social a que se ven enfrentados los co-asociados emparentada con los principios supra-jurídicos y los valores constitucionales, lo que legitima la justificación penal de quien actúa violentando el Derecho y dando preeminencia a sus necesidades antes que a la observancia de la norma.

El Derecho Penal no debe dar la espalda a este tipo de situaciones, muy por el contrario está llamado a revisarlas y a abordarlas “buscando las soluciones socialmente más flexibles y justas de las situaciones más conflictivas, entendiendo que cuando se trata de explicar cómo hay que tratar a alguien que se ha equivocado de algún modo... los problemas son de naturaleza político-criminal y no pueden ser resueltos con el automatismo de los conceptos teóricos” (Roxin, 2000, p 44) sobre todo si se parte de que el Derecho Penal es Política Criminal expresada, realizada, y de que es en sí mismo una medida política cuyo contenido no sólo depende de la realidad social y del contexto real que debe regular sino del modelo político del Estado para el cual ese Derecho Penal fue creado.

Según la tradición interpretativa -abordada en el punto 1 del Capítulo anterior- el estado de necesidad penal se caracteriza básicamente por el hecho de que una persona se procure por distintos medios lo necesario para no morir víctima de las necesidades

¹²⁵ Ver Ferrajoli, L(1997) Derecho y Razón. Ed. Trotta. Madrid.

humanas básicas y por el hecho de no perecer o dejar perecer a otros bajo el infortunio o desgracia de una situación extraordinaria. Tales situaciones pueden tener su origen, según la doctrina penal, en: la conducta humana, una fuerza de la naturaleza, necesidades fisiológicas, situaciones de miseria total, del comportamiento animal, de un caso fortuito o de la fuerza mayor¹²⁶.

Sin embargo, el aspecto nuclear de esta causa de justificación, según la norma jurídica, es una situación de peligro, más el legislador no entra a determinar qué factores pueden originar el peligro porque esto implicaría una suerte de listado de posibles situaciones que deben evitarse en materia penal por los riesgos que trae consigo el casuismo. Lo que si no está determinado ni por la norma penal ni por la jurisprudencia ni por la doctrina ni por los principios jurídicos que rigen esta institución, es que queden excluidas las circunstancias inmanentes a la condición de extrema marginalidad y exclusión social. En estos casos los principios de autoprotección y de ponderación de bienes prevalecen frente a la obligación de la observancia del Derecho. Tal como lo señala Roxin (2000) las causas de justificación no describen acciones porque rigen para muchos tipos de situaciones y eventos, es decir, valen para todos los tipos penales y porque la clase de ataque a que se refieren se determina en cada situación cuyas particularidades no son tan frecuentes.

Es importante resaltar que tal como ha sido trabajada esta institución penal a nivel doctrinario, las causas que dan lugar al estado de necesidad aparecen momentáneamente originando la situación de peligro y haciendo que quienes lo padecen reaccionen en el instante para salvaguardarse, enmarcando cada una de las

¹²⁶ Cabe destacar que en la búsqueda que se realizó tanto en juzgados penales locales y nacionales de causas penales que versaran sobre el estado de necesidad penal, arrojó como resultados lo siguiente. De una parte las estadísticas de casos aportan una muestra que no es posible considerar científicamente por ser completamente irrelevante, lo que confirma el carácter muy poco frecuente de casos que manejen esta causa de justificación penal y de otra parte, los pocos casos encontrados no se apartan de la tradicional interpretación doctrinaria a la que nos hemos referido, de modo que la búsqueda no arrojó ningún caso de situación de necesidad penal originada por causas sociales. Ello confirma nuestra tesis de que la interpretación de esta institución penal está sesgada por una fuerte tradición histórica.

situaciones en el instante de un evento que ocurre en un momento determinado, generando una reacción que también se encuadra en un tiempo específico, encambio la situacionalidad social de extrema miseria y exclusión es una condición estructural que marca el día a día de seres humanos condenados a vivir sin la posibilidad de recursos *socialmente y jurídicamente aceptados* mediatos ni inmediatos con que responder a los peligros que enfrentan permanentemente para sobrevivir.

Una política criminal que aborde esta situación debe poner en tela de juicio la responsabilidad estatal directa en la creación y mantenimiento de ciertas condiciones sociales para gruesos sectores de la población, debe revisar la legitimidad del Estado para llamar a los responsables de estas infracciones a que respondan ante la justicia por tales hechos y finalmente debe revisar a la luz de los principios axiológicos y valores constitucionales, la razón de ser de la aplicación de una pena en estos casos. Una medida político-criminal que atienda esta realidad debe equilibrar las cargas y hacer responsable de estos eventos a quienes, teniendo los recursos económicos, sociales y políticos, han mostrado abierto desinterés en atenderla y aportar soluciones.

Otro de los factores a revisar en la creación e implementación de medidas político-criminales es la realidad axiológica-normativa¹²⁷ del Estado que implementará la medida. Este marco valorativo nos indica que el Estado no puede hacer frente a la criminalidad al precio que sea “sino sólo con medidas y estrategias plausibles en el ámbito democrático” (Roxin, 2000a). Este aspecto axiológico del Estado es el marco en que dicha medida debe encuadrarse partiendo de su congruencia con los principios constitucionales que fundamentan la razón de ser del Estado.

¹²⁷ En criterio de Zúñiga (2001) esta realidad más que un factor a considerar para el diseño de medidas se constituye en sí misma en una aporía toda vez que esta realidad del Estado se fundamenta en valores y está orientada a fines y el establecimiento de políticas en base a valores debe luchar contra el subjetivismo y la falta de referentes objetivos.

Tal como lo hemos señalado, una medida político-criminal no puede pensarse ni implementarse in abstracto, ella obedece a un contexto social determinado, a un modelo político específico, a necesidades concretas de una sociedad determinada y está encaminada a atender a un problema particular. Y partiendo de principios jurídicos de naturaleza constitucional debe desvincularse de condicionantes socio-culturales y “trascender hasta el concepto mismo de persona, su dignidad y sus derechos” (Silva, 2000, p, 28) Valga señalar que según el texto constitucional venezolano en su artículo 2º, los valores del Estado Venezolano son: la vida, la libertad, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y en general la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político. En su dimensión social y democrática el Estado debe procurar las acciones tendientes a nutrir de sustancia cada uno de estos valores y debe colocar su realización y concreción en un nivel supralegal.

Sin embargo, adicionalmente a ello, estas medidas deben orientarse en función de los principios constitucionales que son la base y la razón de ser del Estado, en los cuales están establecidos los lineamientos sociales, morales, jurídicos y sobre todo políticos que definen la naturaleza del Estado. Revisando nuestro texto constitucional vigente, encontramos que el artículo 2º¹²⁸ define al Estado Venezolano como un Estado social, democrático, de Derecho y de justicia. Estas nociones debemos abordarlas brevemente a fin de establecer los lineamientos en los que según nuestra Constitución queda enmarcada toda medida político-criminal.

Se entiende por un Estado de Derecho, el régimen político en el que toda decisión de los poderes funcionales del Estado se enmarcan en normas y principios jurídicos

¹²⁸ Art 2º Constitución Venezolana de 1999 “Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político”.

previamente establecidos, que son el producto del consenso y el acuerdo de los co-asociados. En este tipo de Estado debe atenderse a que “el ejercicio de los poderes públicos respete determinadas garantías formales, ciertos límites que aseguren la salvaguarda de las esferas de libertad formalmente reconocidas por los ciudadanos..., en fin responde a la preocupación de defender a la sociedad del Estado”(Mir, 1994, p,32). Ferrajoli (1997) distingue entre el Estado de Derecho que se ordena conforme a un texto legal y el Estado de Derecho que además de definir su actuar por un sistema de normas limita de manera sustancial la actuación de los poderes públicos. Es decir, según su criterio, desde el punto de vista formal el verdadero Estado de Derecho se ajusta al principio de legalidad penal y en el plano sustancial se rige conforme a este principio pero además se limita colocando los poderes estatales al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos estableciendo obligaciones concretas. Este aspecto sustancial se caracteriza fundamentalmente por la delimitación de un área “intocable” jurídicamente hablando, que queda por fuera de todo poder de decisión aun cuando se trate de la mayoría más absoluta¹²⁹.

Un Estado democrático¹³⁰ debe entenderse no sólo como el Estado que fundamenta la toma de decisiones en el juego de las mayorías¹³¹ sino en el que tales decisiones se sostienen en la clara separación de los poderes y en el respeto de los derechos fundamentales de todos. Un Estado en el que la constitución se tiene por norma suprema y a la cual está subordinado el resto del ordenamiento jurídico. Sin embargo en

¹²⁹ Ferrajoli (1997, 1999, 2008) insiste en el principio que caracteriza un verdadero Estado de Derecho mediante el cual se establece qué no se debe decidir y qué está obligado el Estado a decidir. Así el Estado de Derecho entendido como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales se contraponen al Estado absoluto sea autocrático o democrático”

¹³⁰ No es objetivo del presente trabajo desglosar las diferentes vertientes del término Democracia, ni entrar a discutir sobre el contenido de cada una de las teorías que han abordado esta temática. Tomaremos como fundamento la noción de Democracia constitucional que Ferrajoli maneja a lo largo de su obra –y muy particularmente en “Democracia y Garantismo” y que se distingue abiertamente de la noción de Democracia plebiscitaria.

¹³¹ Ferrajoli (2008) señala claramente que para que un sistema sea democrático se requiere al menos que a la mayoría le sea sustraído el poder de suprimir el poder de la mayoría. (p. 79) De manera que por decisión mayoritaria no se lleguen a tomar medidas que atenten contra los derechos fundamentales y se desconozcan los más elementales principios de respeto y convivencia humana.

criterio de Ferrajoli, (2008) quien defiende un modelo democrático constitucional, el aspecto distintivo y clave de este tipo de Democracia no es solo la positivización del Derecho en el ser, sino también en el deber ser, de manera que la validez del Derecho está supeditada no solo a quien legisla, a cómo se legisla sino además qué se legisla, de forma que la sustancia sobre la cual versa la norma, está sujeta al cumplimiento y la observancia de principios supranormativos. Toda medida político-criminal de un Estado democrático debe respetar los valores de participación y solidaridad social propios de toda democracia.

Esto constituye un nuevo paradigma de validez de las normas, las cuales deben atender no solo a la cuestión de procedimiento de elaboración de normas jurídicas sino que no deben versar sobre aspectos que choquen o contravengan los lineamientos supralegales. Una Democracia constitucional es entonces la que hace de la ley un límite tanto para los poderes como para los ciudadanos en aras a evitar que atenten contra los derechos fundamentales. Si es tarea de la Democracia constitucional velar por el resguardo y la preservación de estos derechos y hemos señalado que existen grandes cantidades de personas a las que tales derechos les son suprimidos por las políticas del Estado, entonces “hoy el gran desafío de la Democracia está generado por la desigualdad, creciente y cada vez más intolerable, entre países ricos y países pobres, entre nuestras opulentas sociedades democráticas y las cuatro quintas partes del mundo que viven en condiciones de miseria, el de nuestro alto nivel de vida y el de millones de seres humanos con hambre” (Ferrajoli, 2008, 37)

Un Estado de justicia es un Estado en el que las decisiones obedecen a principios de equidad y bienestar social y en el que se actúa teniendo en cuenta a cada quien como un principio moral de acción. Es tarea del Estado justo llenar de contenido sustancial los programas de acción para que la justicia no sea un principio vacío, para asegurar a sus co-sociados un servicio real de sus necesidades básicas, para que el sujeto entienda que es

el Estado a su servicio y no el Estado contra el, que se trata de un Estado protector en lugar de un Estado agresor.

Partiendo de allí podemos observar que la propuesta aca planteada tiene asidero jurídico y fundamentación moral y social y que la interpretación que se propone del artículo 65 ord 3º del Código Penal materializa y concreta lo que tales principios establecen. Un principio es una norma suprema, un presupuesto macro al que debe darse vida tanto con la interpretación de las normas que se subordinan a el, como con las decisiones de jueces que teniendolo como base de su actuación resuelven problemas jurídicos concretos mediante la interpretación de la norma jurídica, a partir de la realidad social.

Así, ajustar el contenido de la norma del estado de necesidad penal a la actual realidad socio-económica venezolana, fundamentándose en las estadísticas que reflejen la realidad del problema, teniendo como base la propia naturaleza del fenómeno criminal y ajustándose a principios supralegales de naturaleza constitucional, es materializar el supuesto de los principios que definen la naturaleza del Estado venezolano, de modo que cualquier medida político-criminal que se oriente en este sentido no sólo es cónsona con éstos, lo cual estamos llamados a procurar, sino que también legitima la decisión judicial de exonerar de responsabilidad penal a quien haya actuado bajo tal supuesto.

El Derecho Penal en aras a materializar sus fines debe dejarse permear por las valoraciones político-criminales que están mucho más cerca de consideraciones sociales y que informan a la ciencia jurídica de los problemas que debe resolver. De esta manera se flexibilizan los contenidos teóricos que nos ilustran en la interpretación y aplicación de los principios jurídicos. “Esto permite profundizar en el significado material del Derecho positivo y orientar al legislador en el perfeccionamiento del Derecho y al juez en su aplicación” (Mir, 2004, p,3)

La decisión de hacer responder penalmente a quien violenta el Derecho y agrede bienes jurídicos, coaccionado por fuertes y constantes presiones de naturaleza socioeconómica, es una decisión desligada de la actual realidad venezolana, es una decisión de transgrede y violenta principios jurídicos fundamentales y atenta contra los derechos humanos, de manera que la sanción a aplicar carece de toda legitimidad y efectividad, desvinculándose del principio de utilidad que caracteriza la aplicación de la pena en el marco de un Estado democrático. Sólo la observación de tales principios nos permite afirmar que el “Derecho Penal no es más que un instrumento puesto al servicio de los fines de la comunidad. Si se quiere comprender su esencia, es necesario tener en cuenta esos fines y construir el sistema jurídico, no hacia adentro, sino hacia afuera, abierto a los problemas y fines sociales” (Roxin, 2002, p, 23)

La noción de Estado Social atiende directamente a la obligación estatal de diseñar políticas que vayan encaminadas a abordar los problemas de los ciudadanos vistos como parte de la comunidad, que atiendan sus necesidades, que escuchen sus reclamos, exigencias y peticiones en relación a los problemas de la vida diaria. Un Estado que se ocupe de implementar medidas que solucionen y canalicen los problemas reales de los sujetos concretos que enfrentan necesidades y problemas. El moderno constitucionalismo ha sido enfático en reconocer otros derechos como fundamentales “derecho a la subsistencia, alimentación, trabajo, salud, educación, vivienda, información” (Ferrajoli, 1997, p, 861) entre otros.

A estos derechos llamados derechos sociales¹³², les son correlativas obligaciones estatales, ellos hacen un llamado al Estado para que realice, para que accione sus estrategias y cumpla tareas concretas que garanticen y resguarden estos espacios de los ciudadanos. Son derechos caracterizados por “prestaciones públicas positivas” (Ferrajoli, 1999, p 108) que implican deberes de hacer. “La declaración constitucional de

¹³² Las garantías liberales conservan condiciones naturales o pre-políticas en cambio las sociales o positivas basadas en obligaciones permiten pretender o adquirir condiciones sociales de vida: subsistencia, trabajo, salud, educación, vivienda.

los derechos de los ciudadanos equivale a la declaración constitucional de los deberes del Estado” (Ferrajoli, 1997, p, 862)

Este aspecto social del Estado es el que se encarga de impulsar y dar vida a cuestiones públicas del quehacer social, encargado de acercar la idea de comunidad y de sociedad al ciudadano común de modo que entienda que ambas no son más que los escenarios en los que puede exponer, dirimir y resolver los conflictos en busca de mejoras en la calidad de vida, sin embargo es el Estado el encargado de propiciar y hacer que tales escenarios estén disponibles para todos los ciudadanos por igual. Dejar de atender estos derechos sociales genera una suerte de vulnerabilidad tanto para el Estado que incumple como para el ciudadano que queda en un estado de insatisfacción de sus necesidades básicas y en este sentido no deja de ser preocupante el hecho de que el Estado social no cuente con un desarrollo teórico claro y se haya ido construyendo históricamente desde la flexibilidad en la toma de medidas y estrategias por parte del aparato administrativo estatal.

El Estado de Derecho preserva al ciudadano de las arbitrariedades y atropellos de las decisiones de los poderes públicos, el Estado social acerca la sociedad al ciudadano mostrándole que en una relación dialéctica ella no existiría sin él pero que al mismo tiempo él debe convertirse en agente activo y factor de toma de decisiones en todos los asuntos que socialmente le competan. Mir (1994) delimita claramente estos dos aspectos del Estado al señalar que el aspecto social muestra la naturaleza intervencionista del Estado y que no todo intervencionismo estatal es negativo, pues puede tratarse de un intervencionismo puesto al servicio del todo social y que sirva para el crecimiento y progreso de cada ciudadano. Se trata pues de crear “condiciones sociales reales que favorezcan la vida del individuo” (Mir, 1994, p,33) lo que incide de manera directa en la realización de los principios de la Democracia Constitucional antes referida.

Pareciera existir una relación directamente proporcional entre la expresión social del Estado y la naturaleza de las medidas político-criminales, de forma que mientras más se encargue el Estado de desarrollar su papel social menos trascendentales y agresivas serán para los ciudadanos las medidas político-criminales que tienen que adoptarse, y entre las que se cuenta el propio Derecho Penal. Asumir esta tarea reduce considerablemente el brecha que existe entre el hombre en su condición natural y el hombre en su condición social cuyas necesidades básicas están cubiertas.

De manera que la relación entre Política Criminal y Estado social atiende no directamente al fenómeno criminal como expresión del desbalance social sino a los factores que debe atender el Estado a fin de controlar que el fenómeno criminal aparezca, es decir a factores sociales que en ultima instancia se convierten en instrumentos de prevención, tales como programas educativos, de empleo, de participación solidaria, de integración comunitaria, de incentivos y de creatividad social, de seguridad social, entre otros.

Se entiende entonces que la Política Criminal son medidas y estrategias racionales y coherentes de una parte con el fenómeno criminal teniendo en cuenta la naturaleza que le es propia y por de parte con los fines y valores que caracterizan al Estado, sirviendo éstos de referentes conceptuales y al mismo tiempo prácticos en lo que al respeto de los derechos fundamentales se refiere. De allí que la legitimidad de una medida político criminal pasa por la consideración de estos principios y por el respeto de los valores que propugna ese Estado. Refiriendo estas nociones a la cuestión de la situación de necesidad penal se tiene que en aras de materializar los valores del Estado venezolano, es menester tener como referencia social y teórica el problema de la circunstancialidad social en la que viven muchas personas que se ven obligadas a apelar a cualquier medio para sobrevivir.

Esto plantea una serie de supuestos que no son fáciles de resolver, y para los que quizá el Derecho Penal no tenga una respuesta clara y eficiente, sin embargo, esta ausencia de respuesta no puede seguirse manejando como si esta realidad no estuviera presente, es decir, no tenemos una respuesta idónea para esta problemática, pero cuando se presenta optamos por la peor de las medidas -la aplicación de una pena- y sobre todo no se puede seguir convalidando esta actuación del Estado cuando no está clara su responsabilidad en este tipo de situaciones y cuando violenta abierta y flagrantemente el Estado de Derecho y desconoce los Derechos fundamentales en cuya realización y consolidación debe trabajar.

Referencias Bibliográficas.

- Alcácer, R (2006) **Los Fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la Filosofía política.** Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Antolisei, F. (1988) **Manual de Derecho Penal.** Parte General. Ed. Temis. Bogotá.
- Antón, J (1968) **Derecho Penal.** Ed. Akal. Madrid.
- Arteaga, A (1979) **Derecho Penal.** Ed. Universidad Central de Venezuela. Caracas.
- Baratta, A (1994) **Criminología y sistema penal.** Ed. B de F. Buenos Aires.
- Beck, U (2008) **La mirada cosmopolita o la guerra es la paz.** Ed. Paidós. Barcelona. España.
- Bettioli, G (1965) **Derecho Penal. Parte General.** Ed. Temis. Bogotá.
- Bolaños, M. (2006) **Política Criminal, técnica legislativa y reforma del Código Penal Venezolano.** En Revista Cenipec. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Universidad de Los Andes. Mérida, Venezuela
- Cariboni, D (2007) en Marie-Christine Lacoste. **Red de Investigadores sobre y de América Latina.** Toulouse.
- Carranza, J (2001) **La inculpabilidad y la Inimputabilidad social en el nuevo Código Penal.** Ed. Leyer. Bogotá.
- Carrara, F (1988) **Programa de Derecho Criminal. Parte VI.** Ed. Temis. Bogotá.
- Código Penal Alemán.** (1999) Traductora. Claudia López Díaz. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Código Penal Argentino.** <http://www.infoleg.gov.ar>
- Código Penal Bolivia.** http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_bol1.pdf
- Código Penal Chileno.** <http://www.servicioweb.cl/juridico/codigopenal>.
- Código Penal Colombiano.** [http:// domiarmo.iespana.es/index](http://domiarmo.iespana.es/index)
- Código Penal Costaricense.**<http://www.scribd.com/doc/3991645/codigo-penal-costa-rica>
- Código Penal Español.** <http://www.pdf.search-engine.com/codigopenal>.
- Código Penal Honduras:** http://www.cejamericas.org/doc/legislación/códigos/pen_hond
- Código Penal Mexicano.** <http://www.info4.juridicas.unam.mx/ijure>
- Código Penal Perú.** [Google.co.ve/codigopenalperuano](http://www.google.co.ve/codigopenalperuano).
- Código Penal Venezolano** (2005) Gaceta Oficial N° 5768
- Código Penal Venezolano Comentado.** (1982) V. I. Universidad central de Venezuela. Instituto de ciencias penales y criminológicas. Caracas.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.** Gaceta Oficial. N° 5453. 1999.
- Cuello, E (1975) **Derecho Penal. Parte General V. I, V. II** Ed. Bosch. Barcelona. España.
- Cury, E (1992) **Derecho Penal. Parte General. TI y T II.** Ed. Jurídica Santiago de Chile.
- Del Rosal, J (1968) **Tratado de Derecho Penal Español. Parte General. VI** Madrid.
- Díaz, E (1981) **Estado de derecho y sociedad democrática.** Ed. Taurus. Madrid.
- Duff, A (2001) **Punishment, communications and community.** Oxford University Press. Oxford.
- Duff, A (2003-2004) **"I might be guilty, but you can't try me: estoppel and other bars to trial"** Ohio State Journal of Criminal Law. (1). Ohio.

- Duff, A (2004-2005) **Criminal Responsibility**. Ohio State Journal of Criminal Law. (2) Ohio.
- España, L. (2004) **Detrás de la pobreza. Percepciones, creencias y apreciaciones**. Caracas. En www.pobreza.org.ve
- Fernández, J (2002) **Derecho Penal Liberal de hoy**. Ed. Gustavo Ibañez. Bogotá
- Ferrajoli, L (1997) **Derecho y Razón**. Ed. Trotta. Madrid.
- Ferrajoli, L (1999) **Derechos y Garantías. La ley del más débil**. Ed. Trotta. Madrid.
- Ferrajoli, L (2008) **Democracia y Garantismo**. Ed. Trotta. Madrid
- Ferrajoli, L (1997) **Derecho y Razón**. Ed. Trotta. Madrid
- Frías, J (1988) **Problemas de culpabilidad en el Código Penal Venezolano**. Ed. Ad Hoc. Caracas.
- Gargarella, R (2008) **De la Injusticia Penal a la Justicia Social**. Siglo del Hombre Editores. Bogotá.
- Gómez, C (1993) **El principio de antijuridicidad penal. Regulación y aplicación**. Ed. Radar. Bogotá
- Gómez, O (1991) **Legítima defensa**. Ed. Temis. Bogotá.
- Grisanti, H (1991) **Legítima defensa y estado de necesidad**. Ed. Móbil-libros. Caracas.
- Guiddens, A (1999) **Modernidad y Autoidentidad**, en Las consecuencias perversas de la modernidad. Ed. Anthropos. Madrid.
- Habermas, J (1998) **Facticidad y validez**. Ed. Trotta. Madrid.g
- Hobbes, T (1999) **Leviatán. La materia, forma y poder del Estado eclesiástico**. Ed. Alianza. Madrid
- Jescheck, H (1981) **Tratado de Derecho Penal. Parte general**. Ed. Bosch. Barcelona. España.
- Jiménez de Asúa, (1988) **El Criminalista. TIV** Ed. Tipográfica Editora Argentina.
- Jimenez, L (1964) **Tratado de Derecho Penal. TI, TII, TIII, TIV, TV**. Ed. Losada. Buenos Aires.
- Kant, I (1946) **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Traducción de García Morentes. Buenos Aires.
- Manzzini, V (1960) **Tratado de Derecho Penal**. Ed. Temis. Bogotá.
- Marhsall, S y Duff, A (1998) **Criminalization and sharing wrongs**. Can J. L. and Jurisprudence.
- Mendoza, J (1974) **Curso de Derecho Penal Venezolano. Parte General**. Ed. El Cojo. Caracas.
- Mezger, E (1955) **Tratado de Derecho Penal**. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Mir, S (1979) **Función de la pena y Teoría del delito en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Ed. Bosch. Barcelona. España.
- Mir, S (1994) **El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho**. Ariel. Barcelona. España.
- Mir, S (2004) **Valoraciones, normas y antijuridicidad penal**. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. [Http://criminet.ugr.es/recpc](http://criminet.ugr.es/recpc)
- Muñoz, F (1975) **Introducción al Derecho Penal**. Ed. Bosch. Barcelona. España.
- Neuman, E (1997) **La pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias**

incipientes, a la ley penal y a los Derechos Humanos. en “De las penas”. Ed. Depalma. Buenos Aires.

Novoa, E (1980) **Causalismo y Finalismo en Derecho penal.** Ed. Juricentro. Costa Rica.

Pérez, L (1981) **Derecho Penal. Parte General y Parte Especial.** Ed. Temis. Bogotá.

Quintano, A (1963) **Curso de Derecho Penal.** Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid..

Referencias Bibliográficas Consultadas.

Reyes, A (1967) **La Tipicidad penal.** Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Reyes, A (1981) **La Antijuridicidad.** Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Rodríguez, J (1973) **Derecho Penal Español.** Ed. Carasa. Madrid.

Roxin, C (1992) **Política criminal y estructura del delito.** PPU. Barcelona. España

Roxin, C (2000) **Política Criminal y sistema del Derecho Penal.** Hammurabí. Buenos Aires.

Roxin, C (2000a) **La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal.** Ed. Ariel. Barcelona. España.

Sen, A (2002) **El Derecho a no tener hambre.** Ed. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.

Silva, J (2000) **Política Criminal y Persona.** Ed. Ad Hoc. Buenos Aires.

Soler, S (1983) **Derecho Penal Argentino.** Ed. tipográfica Argentina. Buenos Aires.

Vela, S (1986) **Antijuridicidad y Justificación.** Ed. Trillas. México.

Von Liszt, F (s/f) **Tratado de Derecho Penal.** Instituto Editorial Reus. Madrid.

Welzel, H (1997) **Tratado de Derecho Penal. Alemán.** Ed. Jurídica de Chile. Santiago de Chile

Zaffaroni, E (1973) **Teoría del Delito.** Ed. Ediar. Buenos Aires.

Zaffaroni, E (1977) **Manual de Derecho Penal. Parte General.** Ed. Ediar. Buenos Aires.

Zaffaroni, E (2005) **Proceso penal y derechos humanos: Códigos, principios y realidad.**

En El proceso penal. El sistema penal y Derechos humanos. Ed. Porrúa. Buenos Aires.

Zipf, H (1979) **Introducción a la Política Criminal.** Revista de Derecho Privado. Madrid.

Zúñiga, L (2001) **Política Criminal.** Ed. Colex. Madrid.