

PROF. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ. LA SITUACIÓN DE NECESIDAD PENAL ORIGINADA POR CAUSAS SOCIALES. 39-79. REVISTA CENIPEC. 29. 2010. ENERO-DICIEMBRE. ISSN: 0798-9202

PROF. MIREYA BOLAÑOS GONZÁLEZ

LA SITUACIÓN DE NECESIDAD PENAL ORIGINADA POR CAUSAS SOCIALES.

Recepción: 09/11/2009.

Aceptación: 12/02/2010.

Prof. Mireya Bolaños González
ESCUELA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
MÉRIDA - VENEZUELA
mireyabo@ula.ve

Resumen

Partiendo de la idea de que el derecho regula realidades y convivencias, sus normas deben gozar al mismo tiempo de firmeza y flexibilidad de modo que los cambios de esa realidad puedan ser absorbidos por la norma sin violentar su estructura. Es el caso del estado de necesidad penal que reclama una revisión profunda que lo adhiera aún más a los principios constitucionales y garantías penales y que desde una interpretación más genuina le permita acercarse a las diferentes expresiones de la realidad que está llamado a regular.

Palabras clave: actualidad, interpretación, principios, valores, política, criminal.

The penal state of need originating in social causes.

Abstract

Given that the Law regulates realities and coexistence, its norms should enjoy both firmness and flexibility so that changes in that reality can be absorbed by the norm without violating its structure. This is the case of the penal state of need, which requires a profound evaluation that would align it more closely with constitutional principles and legal guarantees and which, from a more genuine interpretation, would allow it to get closer to the different manifestations of reality that it is designed to regulate.

Key words: current situation, interpretation, principles, values, policy, criminal.

La situation de besoin pénal née des causes sociales.

Résumé

L'idée de départ est que, puisque le droit règle des réalités et la vie en commun, ses normes doivent revêtir, dans le même temps, fermeté et flexibilité, de manière à ce que les changements de cette réalité puissent être absorbés par la norme sans violenter son structure. C'est le cas de l'état de besoin pénal, qui réclame une révision profonde plus en accord avec les principes constitutionnels et les garanties pénales et que, donnant une interprétation plus exacte qui lui permette d'approcher les différentes expressions de la réalité qu'il est appelé à régler.

Mots clés: actualité, interprétation, principes, valeurs, politique, criminelle.

A situação de necessidade penal originada por causas sociais.

Resumo

Partindo da idéia de que o direito regula realidades e convivências, suas normas devem contar ao mesmo tempo de firmeza e flexibilidade, de forma que as mudanças dessa realidade possam ser absorvidas pela norma sem violentar sua estrutura. É o caso do estado de necessidade penal que clama por uma revisão profunda que o adira mais ainda aos princípios constitucionais e garantias penais, e que desde uma interpretação mais genuína lhe permita se aproximar às diferentes expressões da realidade que está chamando a regulamentar.

Palavras chave: Atualidade, interpretação, princípios, valores, política, criminal.

Introducción*.

Históricamente la norma jurídica ha regulado la realidad social. Esta tarea de regulación alcanza su punto más álgido en el caso de las normas penales, las cuales de una parte deben mantener un contacto mucho más cerrado con la realidad y de otra parte requieren una interpretación mucho más cuidadosa. La institución del estado de necesidad penal, tal y como está concebida actualmente, conserva una profunda vinculación con sus formas de expresión más tradicionales. Sin embargo, la actual realidad social que enfrentan tanto las sociedades desarrolladas como las menos favorecidas económicamente, exige la intervención de los principios generales del derecho, de modo que la interpretación y aplicación de esta institución penal se ajuste verdaderamente a esta realidad. Son harto conocidos los efectos positivos y negativos de un proceso como la globalización, en el que las diferencias entre unas y otras sociedades se marcan de manera aún mas significativa. La materialización de los valores a los que debe atender la existencia tanto del Estado como del propio derecho no son posibles desde una visión rígida, no trascendente y poco actual de éste, de modo que su contenido debe poder cubrir las expectativas de la realidad que regula, de lo contrario está condenado a convertirse en un instrumento inútil del control estatal.

1.- El estado de necesidad.

1.1.- Naturaleza Jurídica.

El estado de necesidad es una de las instituciones que consagra la legislación penal venezolana como causa de justificación. Consiste básicamente 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 d¹.

* 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.

¹ "... 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 1889, Manzini, (1960). Pero no ésta la primera forma normativa del estado de

Una revisión detallada de la norma vigente debe comenzar por señalar que su ubicación en el Título V del Código Penal “*De la responsabilidad penal y las circunstancias que le excluyen, atenúan o agravan*”, evidencia la naturaleza de esta institución según nuestro legislador. Se trata de una causa de justificación que permite excluir totalmente la responsabilidad penal cuando se cumplan los siguientes extremos de ley:

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 uno 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 extensión 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 valorarse en cada situación, tal es el caso de la proporcionalidad que debe existir entre el bien jurídico sacrificado y el bien jurídico salvaguardado². Corresponde al juez determinar si existe

necesidad en la legislación patria. La primera norma venezolana del estado de necesidad 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 concurran 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”. 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 concurran las circunstancias siguientes: Primera: agresión ilegítima, Segunda: necesidad racional del medio empleado para impedirla 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. 6º El que obra en defensa de la persona o derecho de un extraño, siempre que concurran 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...”.

² 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

proporcionalidad o no y esto se logra comparando entre sí los bienes en conflicto. Con respecto a esto la doctrina venezolana ha acogido la postura de Soler (1983), cuando señala que la comparación de bienes jurídicos debe hacerse de manera concreta, de bien a bien, de deber a deber. Por eso 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 exoneración de responsabilidad porque se entiende que el sujeto ha traspasado los límites establecidos para esta institución. La ausencia de proporcionalidad se lee como exceso³ en la actuación del sujeto y por tanto, la acción producida no puede invocarse como estado de necesidad.

b.- Un peligro inminente: la inminencia en el peligro 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. Esta percepción le hace reaccionar de manera inmediata lesionando el bien jurídico de menor valor. Grisanti (1991) es del parecer que la inminencia refiere un alto grado de probabilidad y no una mera posibilidad. La norma no señala que el peligro sea actual, de ser así no habría nada que evitar, esto es, nada sobre lo cual podamos impedir su producción. A pesar de ello la actualidad del mal es un dato que contemplan legislaciones de países como Colombia, Alemania, Chile, México, Costa Rica, Bolivia, Perú e Italia entre otros. 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.

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”.

³ 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.”

Las expresiones que caracterizan 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, es decir, no violentando un bien jurídico penalmente protegido. Las situaciones que no constituyan una estricta necesidad sino que se presenten como situaciones de apremio, de riesgo aparente o de riesgo no grave, quedan fuera de esta causa de justificación, toda vez que pueden resolverse por vías diferentes a las de violentar 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. Su valoración es delicada porque su estimación depende del lugar donde se produce el conflicto, de los sujetos involucrados, de los medios con los que se repele 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 Mendoza (1974) los tres criterios que ayudan en esta valoración son: que el peligro sea imprevisto, presente y 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, intencional⁴. La justificación del estado de necesidad no cubre las situaciones en las que el sujeto ha querido causar el daño en forma deliberada. Se entiende que el sujeto ha previsto y ha querido el peligro, de modo que mal puede alegar que se le exima de responsabilidad por la trasgresión del bien jurídico penalmente protegido. El resto de las situaciones si quedan amparadas bajo este supuesto por ejemplo el actuar

⁴ Es importante aclarar que en materia 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.

negligente, imprudente, imperito o inobservante de ordenes, reglamentos o instrucciones, es decir, el actuar sin el debido cuidado.

Adicionalmente a estos requisitos de carácter estrictamente legal, ha considerado la doctrina los siguientes supuestos adicionales: quien actúa 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 en cuestión, 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. 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 existen en relación a esta exigencia de responsabilidad penal-, entendiendo que esta expresión engloba tanto la vida como la integridad física y psíquica del sujeto (Grisanti, 1991). Mendoza (1974) 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, sin referirse extensivamente a los derechos subjetivos del amenazado, a saber: honor, libertad, y propiedad, entre otros.

La valoración de cada uno de estos requisitos debe hacerse conforme a las reglas de la justa interpretación, teniendo en cuenta principios como el bien común y la lógica jurídica, su examen 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 enfrentados en el conflicto, toda vez que de no tener en consideración cada detalle de la situación 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 pudo o por el contrario se pueden llegar a amparar bajo esta figura situaciones de abuso o irrespeto en casos 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 postura⁵ privilegia más un aspecto que otro, dando lugar a posiciones encontradas. Nuestro análisis parte de la ubicación de esta institución en el código penal y de la revisión de sus requisitos legales y doctrinarios como los elementos que nos permiten medir su alcance para llegar a su naturaleza jurídica. En Venezuela se acoge la tesis de la colisión de intereses⁶. Esta es la postura que mayor aceptación 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. A esta postura se unen de manera expresa países como Colombia, España, Alemania⁷, Chile, México, Costa Rica, Bolivia y Honduras.

1.2.- Tradición dogmática e interpretativa.

La institución del estado de necesidad penal la encontramos desde tiempos muy remotos en las diferentes legislaciones penales de todo el planeta⁸.

⁵ 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 Hobbes (1999) en su planteamiento del nacimiento del Estado como organización social y política de una comunidad. En este sentido, el estado de necesidad 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 tales situaciones la imposición de una pena es absolutamente inútil e innecesaria. También se ubican en esta tesis las posturas 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 (Jimenez,1964). En las teorías subjetivas: El planteamiento 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 individuo, quien constreñido por la circunstancias que le rodean, ve restringida y perturbada su libertad por lo que no puede adjudicarse responsabilidad penal (Jimenez,1964). Esta es la connotación jurídica que le dan al estado de necesidad países como Argentina y Perú, entre otros.

⁶ 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.

⁷ Es importante resaltar el caso de esta legislación porque distingue entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante.

⁸ 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

Aunque pareciera que existe unanimidad en las situaciones que lo originan, encontramos distinciones no sustanciales en las distintas legislaciones que la consagran, ya que cada país ajustó la esencia de esta institución penal a su idiosincracia social y a sus realidades. Sin embargo a pesar de tales distinciones, parten de una plataforma común que marca la naturaleza del estado de necesidad, distinguiéndole del resto de las causas de justificación, conservando su esencia y sirviendo de base y fundamento para las legislaciones contemporáneas. Aquellas formas normativas y la interpretación judicial y doctrinaria que les dió sentido nos ubican en la tradición doctrinaria del estado de necesidad.

En esa tradición interpretativa fueron muchas las situaciones⁹ valoradas y las expresiones más comunes utilizadas para ilustrar su esencia fueron: la

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 (Jimenez, 1964). 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 suficiente (Jimenez, 1964); 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.(Jimenez, 1964) En el Derecho romano se consagra la institución con características similares a las de las legislaciones actuales pero no fueron muy duchos en el manejo de esta institución (Jimenez, 1964). 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 (Jimenez, 1964). 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 (Jimenez, 1964). 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 cosa (Jimenez, 1964).⁹ "... 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

causalidad 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. (Jimenez, 1994). Ambas, situaciones y expresiones muestran la orientación interpretativa que se le ha dado al estado de necesidad en la doctrina patria y extranjera y podemos resumir en estos dos supuestos: 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 origen¹⁰ del estado de necesidad: “El Estado de Necesidad

órganos importantes para salvarle la vida”; “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 persecución política” (Jimenez, 1994). Acudir a una droguería a fin de solicitar un medicamento sin saber que éste sólo es expendido con recipe médico especial, solicitar al farmacéuta 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 automóvil y la vida de ambos está en riesgo por el nacimiento del bebé en tales condiciones”; entre otros.

¹⁰ 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, 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...”.

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 evacuación...” (Zaffaroni, 1973) “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...” (Antolisei, 1988). “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...” (Cury, 1992). Soler (1983) afirma que “el estado de necesidad se trata de una situación natural o física de peligro para un bien jurídicamente protegido”. Rodríguez (1973) prefiere hablar de “casos extremos”, sin entrar en detalles, mientras que Quintano (1963) habla de “situaciones de miseria total”. Mendoza (1974) 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 encontrar 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 arropara 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.

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.

Esta tradición dogmática e interpretativa, se ha mantenido a lo largo de la historia, y actualmente la mayoría de las legislaciones contemporáneas conservan casi intacta la esencia de esta institución penal. Una revisión comparativa de las normas de 11 países escogidos al azar así no los muestra. Los países seleccionados son: Colombia¹¹, España¹², Alemania¹³, Argentina¹⁴, Chile¹⁵, México¹⁶, Costa Rica¹⁷, Bolivia¹⁸, Perú¹⁹, Honduras²⁰ e Italia²¹.

¹¹ Principios generales. Art 32. Ausencia de resposabilidad penal. “No habrá lugar a resposanbilidad penal cuando... 6° 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”

¹² Capítulo II. De las causas que eximen la responsabilidad criminal. Art 20. “Están excentos de responsabilidad criminal: (...) 5° 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: 1° que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. 2° que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto. 3° que el necesitado no tenga por su oficio o cargo obligación de sacrificarse”.

¹³ Parte 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”.

¹⁴ Título V Imputabilidad. Art 34. “No son punibles: (...)3° El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que haya sido extraño”

¹⁵ Título I De los delitos y de las circunstancias que eximen de responsabilidad criminal, la atenúan o la agravan. Art 10 “Están excentos de responsabilidad criminal: (...) 7° el que para evitar un mal ejecute un hecho que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1° realidad o peligro inminente el cual se trata de evitar. 2° que sea mayor que el causado para evitarlo. 3° que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”

¹⁶ Capítulo IV Causas de exclusión del delito. Libro I. Título I Responsabilidad Penal. Art 15 “El delito se excluye cuando: (...) 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.”

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

Teniendo en cuenta que el carácter esencialmente jurídico de esta investigación no permite indagar profusamente sobre los orígenes de la pobreza²² ni de las desigualdades sociales ni a dudar sobre su existencia, se parte de la premisa que señala que tales desigualdades existen indistintamente de su

¹⁷ Título 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”

¹⁸ 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”

¹⁹ Libro 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 sí 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”

²⁰ Título 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 excensión 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”

²¹ Capo 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”.

²² En el marco de este proyecto al referir el fenómeno pobreza se alude a 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 alrededor de un 57%. Ver “Índice de pobreza. Por qué las discrepancias?” En: www.veneconomía.com

origen. Basta dar una rápida ojeada a los informes científicos que muestran la cantidad de personas que no tienen los recursos para comer tres veces por día ni acceso a la electricidad ni al agua, los niños y adolescentes que trabajan en la calle para colaborar con el sustento de sus hogares, las familias que dependen de la vulnerabilidad de la economía informal, y las que viven con un ingreso mucho menor del salario promedio mensual, por solo mencionar algunos sectores del universo de pobreza y sus distintos niveles de expresión.

Si se entiende la pobreza desde el criterio del ingreso menor de un dolar diario²³ o si se la entiende como “la privación de necesidades básicas” (Sen, 2002, p, 15), ello no obsta para determinar que se trata de un fenómeno mundial, que exige reflexión y acción, que se mantiene en el tapete a propósito de los debates generados por la globalización, que deslegitima sistemas democráticos completos y que está diseñado sobre el concepto económico neo-liberal de exclusión social. Mucho antes de que la globalización y sus implicaciones estuvieran en primer plano de discusión de sociólogos, economistas, filósofos y juristas, entre otros, el tema de la pobreza se mostraba álgido y complicado y en Venezuela²⁴ se venían presentando serios problemas relacionados con este fenómeno, aunado a la falta de información precisa y honesta vaciadas en estadísticas que pretenden mostrar cifras que no son del todo confiables, lo que complica aún más el panorama, toda vez que el diseño y definición de cualquier política pública dirigida a abordar este problema, debe contar con estudios y cifras confiables²⁵.

La revisión de bibliografía especializada en el tema de la globalización y de las discusiones a que el tema ha dado lugar, permiten contextualizar y actualizar el

²³ 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).

²⁴ 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. En: www.pobreza.org.ve

²⁵ El abordaje de estos temas pasa por revisar y delimitar conceptos básicos, ya que de los criterios metodológicos empleados para definirlos incidirán profundamente en los datos que se obtengan. Si un grupo de investigadores toman el ingreso menor de un dolar como el criterio indicador de un hogar pobre y otro grupo parte de un criterio cualitativamente distinto, llegarán a resultados diferentes, reflejando verdades parciales y sesgadas del fenómeno.

problema de la pobreza y los factores responsables de sus elevados índices no solo en Venezuela sino a nivel mundial. Sin embargo, sin ahondar mucho puede afirmarse 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. En este aspecto se comparten 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 al reducir la globalización a la interconexión entre lo político y lo económico dejando en un segundo plano 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 ya que es el que diseña las nuevas estrategias de movilidad y de acción dentro de un espacio territorial determinado, imponiendo nuevas formas y condiciones de vida. En el mismo orden de ideas Ferrajoli (2008) afirma que “la globalización de la economía en ausencia de reglas ha producido 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” (p, 59).

De la revisión de las nociones básicas del estado de necesidad penal en el marco de este escenario y a la luz de los principios constitucionales, se infiere que las condiciones de subsistencia y sobrevivencia que brindan la mayoría de los actuales modelos de Estados marcados por fuertes diferencias sociales, obliga a replantear las situaciones que originan el estado de necesidad penal legitimando la situación de extrema exclusión social por pobreza crítica como causa de justificación penal. 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 derechos sociales, cuya administración plagada de corrupción desvía y mal emplea el uso de los fondos públicos, que miente abiertamente con respecto a la relación ingresos-inversión, que no genera ni procura espacios de diálogo y discusión para plantear y resolver problemas ciudadanos cotidianos, puede crear, argumentar y fundamentar una responsabilidad de naturaleza penal para sus co-asociados que en situaciones sociales de extrema exclusión, buscando compensar sus necesidades básicas no satisfechas, no tienen más opción que violentar el Derecho como única forma de superación momentánea de su

situación? Cuando se revisa el poder incluir las necesidades sociales básicas como situaciones que podrían generar una justificación en la violencia contra el derecho de otro, se parte de una interpretación axiológica y de naturaleza constitucional a partir de la cual es necesario permitir que el Derecho penal se deje informar del sentido material que proporciona contenido a los derechos. Se parte de que la vigente norma del estado de necesidad penal podría dar cabida a estas situaciones en las que se encuentran millones de personas excluidas de antemano del sistema y cuya situación social es sin lugar a dudas el estado de naturaleza que describiera Hobbes (1999) en el Leviatán.

Se parte de la premisa que señala 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 novedosas modalidades del fenómeno criminal, de igual manera estos cambios sociales exigen nuevas formas de entender, interpretar y aplicar el derecho, sin violentarlo ni debilitarlo como estructura social. Corresponde a los operarios del sistema penal no obviar los cambios sociales, ni hacerse de la vista gorda en esas zonas grises en las que las normas jurídicas no cuentan con el alcance y la transparencia deseadas teniendo que recurrir a principios supra-legales, metateóricos para no desconocer la condición humana de quienes padecen serias dificultades cuando de obedecer el modelo jurídico se trata.

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 y culturales que alienan y condicionan la voluntad humana de quienes enfrentan las grotescas consecuencias de la falta de políticas que atiendan mínimamente sus necesidades básicas. “¿Se puede hablar de democracia al márgen de los claros y oscuros, pliegues y repliegues del derecho, 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 de que hay un sin fin de reclamos y peticiones de los grupos menos favorecidos que no tienen posibilidad de ser escuchadas ni atendidas, y frente a las cuales no existen ninguna 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 libertad²⁶, 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? “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 escogiendo libremente y sin presiones qué hacer, queda 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 quién 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? Podría pensarse ¿Qué es el individuo lleno de necesidades, visto como una singularidad, exigiendo al Estado el cumplimiento de sus obligaciones sociales para con él? ¿Con qué recursos cuenta ese individuo? ¿Qué 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 colectivos que demandan tiempo y ameritan ciertas estrategias? ¿Cuánto se puede esperar cuando apremian las necesidades básicas de un ser humano? “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).

²⁶ Es de advertir que aunque en la ciencia penal la noción de libertad está ligada a la culpabilidad más que a la propia antijuridicidad, en el núcleo del estado de necesidad no hay posibilidad de escogencia, de manera que siempre se ve comprometida la libertad del ser humano.

Esta propuesta se fundamenta en la valoración de la condición del Estado venezolano como Estado social según el texto constitucional vigente, lo que obliga a revisar las consecuencias directas e indirectas y los efectos mediatos e inmediatos del incumplimiento de esas obligaciones estatales en materia social. De allí se infiere la responsabilidad del Estado por tal incumplimiento y la transformación de ese incumplimiento en la desatención de las necesidades básicas 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 tales condiciones deplorables y paupérrimas de sobrevivencia como mejor pueda. Sin embargo, cuando la única manera de resolver estos apremios ha sido violentando el derecho de otro, la imposición de una pena como respuesta del Estado no se ha hecho esperar. No hay para estas situaciones una respuesta más divorciada de la naturaleza del derecho y del propio Estado, que la aplicación de una pena. Es justo reconocer la actual obligación de una lectura más social, más actual y más cónsona con los derechos fundamentales²⁷ y orientada por principios axiológicos en los que se reconozca que la búsqueda de soluciones eficaces, a partir de las cuales se construye una sociedad, es hoy por hoy uno de los retos más exigentes de los penalistas como actores sociales.

Se trata de poner en la mesa de discusión la legitimidad del castigo impuesto a quienes actúan en situaciones de extrema necesidad y desigualdad. Estas condiciones de desigualdad presentes en sociedades como la venezolana, ponen en tela de juicio la legitimidad de la institución del castigo y obligan a revisar esta noción desde las reales condiciones en que actúa quien vive sometido bajo la presión de buscar las maneras formales o informales, legales o ilegales de cubrir lo básico para sobrevivir. Es preciso advertir que quienes padecen tales condiciones son los que menos han participado en la toma de decisiones colectivas, son los menos 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 su actuar sin pretender tozudamente que toda

²⁷ 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. Véase en Ferrajoli, 1999, 2008.

violación del derecho debe resolverse conforme a rígidas teorías jurídicas, desconociendo el profundo sentido social del derecho.

Es necesario reconocer que existe una realidad social extra-jurídica que espera ser atendida y entendida por el derecho, no visto como un bloque sólido de normas jurídicas sino como un espacio permeable por principios 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 los conflictos de sujetos reales.

Esto es lo que Duff (1998) y Marshall y Duff (2001) han denominado las precondiciones de la responsabilidad criminal y exponen abiertamente que cualquier explicación teórica de la pena que pretenda justificar y legitimar el castigo, debe revisar previamente su condición justa, más aún cuando se impone a quienes violentan el Derecho en situaciones de injusticias sociales graves. En su criterio “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). Duff condiciona el hecho de que una persona sea llamada ante la justicia para responder por sus actos y obliga a un análisis más real y 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.

Revisar estas condiciones, probablemente no exima en todos los casos la responsabilidad criminal frente a hechos ofensivos al derecho –que tampoco es lo que se quiere- pero en buena medida coloca al Estado en una posición en la que el castigo no pueda ser impuesto de la misma manera en que se hiciera 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 pre-condiciones por parte del Estado, así como las respuesta penales brindadas hasta ahora, partiendo de que el escenario idóneo

para este tipo de situaciones son las sociedades marcadamente desiguales, no es más que violencia institucional sostenida 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 las posibilidades de actuar conforme a derecho, debilitan la racionalidad social en la que éste debe fundamentarse. A esta violencia institucional hace contrapeso el hecho de que en este tipo de sociedades, el nivel de identidad entre los co-asociados y sus normas es muy bajo o en algunos casos nulo, ya que de ninguna manera éstos pueden sentir que tales normas son producto del consenso logrado entre ellos, o que reflejan sus necesidades o que les pertenecen como producto de discusiones y diálogos de abierta participación.

Duff (1998) y Marshall y Duff (2001) expresan, -refiriéndose a cuáles conductas deben ser criminalizadas- que considerar un comportamiento como ofensivo al punto de exigir su tipificación implica, que su carácter ofensivo es aceptado por toda la comunidad y para ello exigen la intervención del Estado mediante la tipificación. 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 para algunos, sino que su nivel de agresividad es de tales dimensiones que se hace necesaria la intervención del Estado. En tal sentido, si cada delito exige un agente delictivo, toda la comunidad debe acordar que el agente delictivo sea considerado autor de ese hecho, que sea llamado ante la justicia para que responda por lo que lo hizo y que se le imponga una sanción penal. Cabe preguntarse si en el caso de una situación de necesidad penal por causas sociales se diera en la sociedad el consenso requerido en estos tres aspectos. Muy probablemente en el escenario antes descrito, se dificulte lograr el consenso al que se refiere Duff.

Esto indica que la noción de responsabilidad criminal no es un concepto rígido, que debe racionalizarse y revisarse a la luz de principios, y derechos fundamentales “que ayuden a determinar cuándo es legítimo señalar a alguien como responsable ante ley” (Duff, 2003-2004, p, 245). La circunstancialidad social referida exige que ya no se hable de sujetos que son responsables de ciertos hechos, sino que obliga a que la idea de responsabilidad no se maneje

in abstracto sino circunscrita al contexto de actuación del sujeto y se pregunte entonces “¿A quién *puede* responsabilizarse penalmente?” ¿Qué significa ser responsable? Se es responsable de algo “cuando se puede ser llamado a responder por ciertas 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, p, 246). Cuando se obliga a una persona a responder penalmente aún en condiciones de extrema necesidad económica y de 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 desaprobárselo, habrá razones para considerar ilegítima una declaratoria de culpabilidad con su consiguiente responsabilidad criminal. Esta violencia institucional frente al desconocimiento voluntario del derecho como producto del consenso, 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, aún en las situaciones en que las condiciones en las que sobrevive no permitan ni favorezcan humamente su respeto.

A propósito de estas consideraciones se reabre la aporética cuestión de la justificación del castigo²⁸. ¿Cómo es posible justificar la imposición de una pena en el marco de un proceso penal ilegítimo? ¿Qué 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? ¿Es válido que el Estado considere a

²⁸ Este es un punto de suma importancia, profusamente abordado y discutido desde el derecho como desde la filosofía, pero que escapa a los propósitos de esta investigación. Mas sin embargo debe acotarse que partiendo del carácter democrático del Estado venezolano, se tiene que el fin de la pena debe estar orientado hacia la función preventiva. Ver. Alcácer, R (2003). “*Los fines del Derecho Penal. Una aproximación desde la filosofía política*”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 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?

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 qué consiste el trato como ciudadanos?²⁹ ¿Qué hacer con la pena en estos casos? ¿Debe absolverse? ¿Qué argumentos sostendrían esa absolución? ¿Le conviene al Estado poner en el tapete esta discusión? ¿Estaría dispuesto a poner al descubierto sus responsabilidades directas y sus más auténticas ilegitimidades? ¿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 se materialice bajo condiciones de vida óptimas? Cabe entonces directamente la siguiente interrogante ¿Es legítimo considerar como responsable a este sujeto? ¿Es legítimo castigarlo? ¿Quién legitima su castigo? ¿El Estado que lo ha colocado en tal situación? ¿Quién alza la voz para señalar como responsable al Estado? 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 generar reacciones y respuestas informales, favoreciendo un ambiente de anarquía y precarios estados de naturaleza.

Estas y otras interrogantes develan la cuestión ética que subyace a estas situaciones límites que debilitan y deslegitiman el Estado, ponen en tela de juicio al derecho y minimizan al ciudadano. Por ello deben incorporarse a la discusión sobre la justificación del castigo, cualquiera de las teorías que pretenda esa justificación vista desde la valoración de estas situaciones límites

Al revisar las razones por las que el derecho justificaría una persona que para encarar condiciones de necesidad extrema violenta el Derecho, se atenderá a las condiciones en que dichas personas actuaron, ello aunado a la revisión de la responsabilidad penal vista no unilateral sino bilateralmente, donde cada

³² “Desde la pobreza y menos aún desde la miseria, el orden social no puede engendrar ciudadanos” (Neuman, 1997, p,350).

parte asuma la cuota que le corresponde y en la que los jueces, no solo de este país sino del mundo, levanten su mano para absolver en estos casos y argumenten desde lo humano, desde lo social y no solamente desde lo jurídico, tal absolución. Esta es la noción de responsabilidad que se orienta al concepto constitucional de justicia, la que materializa los principios constitucionales, la que en busca del equilibrio mira a ambos lados y reparte obligaciones y deberes de manera equitativa.

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

Siguiendo a teóricos³⁰ de la ciencia jurídica puede afirmarse que 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 de 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” (p, 22); Fernández (2002) de “ordenación o disposición de medios sociales” (p, 225); Zúñiga (2001) de “conjunto de estrategias para un determinado fin” (p, 23) y en el mismo orden de ideas se expresan la mayoría de los autores³¹ que abordan el tema. Silva (2000) distingue 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

³⁰ Zipf (1979) y Von Liszt (1927), 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) al señalar 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.

³¹ Mezger (1942); Jescheck (1981); Von Listz (s/f); Zaffaroni (2005); Baratta (1994); y Mir (1994), entre otros.

política refiere un conjunto de medidas lógicas, sistemáticas y ordenadas conforme a un fin específico que persigue el Estado en coherencia con los objetivos que quiera alcanzar en materia criminal. Tales objetivos deben ser cónsonos con la naturaleza social y política del Estado. Indistintamente de la denominación que se le de, 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 enmarcados en un plan de acción social que se trabaja desde y conforme los fines que se pretenden alcanzar con la implementación de la medida. La política criminal se muestra como un constructo sistémico que parte de una base política y más concretamente política jurídica, que se nutre tanto del ser del fenómeno delictivo como de su valoración normativa, y que al mismo tiempo advierte el marco normativo en el que se fundamenta el Estado. Ella deviene en una expresión axiológica en la que están implicadas la toma de decisiones para abordar problemas concretos, a partir de una determinada postura teórico-práctica según 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. Así toda medida político criminal creada e impuesta por el Estado venezolano debe tener como premisa fundamental los valores que contempla el artículo 3º constitucional³². Advierte esta 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 hace

³² Entre los que se pueden mencionar: “...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”.

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 contrasentido³⁴.

Corresponde revisar de manera suscita cada uno de estos factores para acercarse al planteamiento 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 el carácter ontológico de la criminalidad. En este aspecto netamente práctico de la política criminal colabora abiertamente la criminología³⁵, cuyos aportes y metodologías resultan acertados en respuestas idóneas que atiendan puntualmente la naturaleza del 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 preventivamente³⁶. En el análisis interdisciplinario 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 excusión de responsabilidad penal? ¿Qué conductas y prácticas penales han quedado en desuso de manera que no se corresponden con el nivel de avance social?

³³ Según Zuñiga (2001), esta realidad, más que un factor a tener en cuenta en el diseño de medidas, se constituye en una aporía toda vez que esta realidad del Estado se fundamenta en valores y está orientada a fines. Según el criterio sostenido en esta investigación, este elemento es cónsono con la idea de que los problemas político-criminales configuran el contenido de la teoría general del delito.

³⁴ Al respecto Roxin (2000) señala que deben evitarse medidas “de contenido básicamente simbólico, esto es, una respuesta con la cual se autor-reafirman los componentes ideológicos del poder o sólo se quiera apaciguar la opinión pública” (p, 35).

³⁵ 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 en cambio de resaltar el aspecto práctico que aporta la Criminología en lo que se refiere al diseño de medidas y estrategias públicas con las que se quiera afrontar y prevenir la criminalidad.

³⁶ Con respecto a esto vale referir el problema de las estadísticas de la pobreza –supra- 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.

¿De qué criterios de distribución se vale la sociedad para adjudicar responsabilidades y repartir cargas sociales en lo que se refiere a la criminalidad? ¿En base a qué principio teórico se decide hacer responsable a una persona y no a otra por la misma conducta delictiva? ¿Qué relación existe entre delincuencia y pobreza? ¿Y 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 ni para el sujeto ni para la sociedad, por sólo mencionar algunos. De esta revisión interdisciplinar del delito han surgido aportes criminológicos para el diseño, mantenimiento, implementación, suspensión o eliminación de medidas orientadas a su prevención. El fenómeno que a la Criminología le corresponde abordar, extrayendo de la realidad reacciones y vivencias, es el mismo fenómeno que corresponde atender y prevenir con medidas político-criminales, de allí que los datos y elementos aportados por la Criminología apuntan directamente al éxito de dicha medida y de la planificación futura que la incluya.

Otra consideración en la construcción de medidas político-criminales, es la cuestión normativa de las causas de justificación, esto es, la norma penal que consagra la exención de responsabilidad para el estado de necesidad penal. 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 la situación que se enfrenta.

Según la tradición interpretativa, el estado de necesidad penal se caracteriza por el hecho de que una persona se procure por distintos medios lo necesario para no morir víctima de las necesidades 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, en: la conducta humana, fuerzas de la naturaleza, necesidades fisiológicas, situaciones de miseria total, del comportamiento animal, de un caso fortuito o de la fuerza mayor. Su aspecto nuclear 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 posibilidades que deben evitarse en materia penal por los riesgos propios del casuismo. Lo que no está determinado

ni por la norma ni por la jurisprudencia ni por la doctrina ni por los principios jurídicos ni por razones constitucionales ni sociales ni axiológicas que rigen esta institución, es que queden excluidas las circunstancias inmanentes a la condición de extrema marginalidad y de exclusión social, de donde se infiere que no hay razón por la que no se pueda incluir en el texto del artículo 65 ord 3º la situación de necesidad originada por causas sociales y que la exigencia de actualización de la interpretación tímida y vetusta que se le ha venido dando hasta ahora,-caracterizada por factores históricos-³⁷ llenaría el vacío de respuestas jurídicas a situaciones límites como las que se han venido planteando, revisando el contenido social del derecho a la luz de los principios político-criminales y de los fundamentos jurídico-axiológicos³⁸. El Derecho penal venezolano no escapa a la consideración teórica 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.

³⁷ 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. Los griegos consideraban el estado de necesidad como institución carente de ley y 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 suficiente; para el Derecho musulmán, 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. En el Derecho romano se consagra la institución con características similares a las de las legislaciones actuales pero no fueron muy duchos en el manejo de esta institución. El Derecho germánico 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. 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. 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 cosa (Jimenez, L 1964).

³⁸ 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 suprallegal y la idea de exigibilidad en la teoría de la culpabilidad” (p, 53).

Concientes del carácter social del derecho y de los constantes cambios de la sociedad, el propio legislador exige que los principios constitucionales y jurídicos enmarcados en la vanguardia de la interpretación axiológica y garantista del derecho obligen a revisar el contenido de ciertas instituciones penales. En el caso de esta investigación, esta revisión resaltaría la responsabilidad del Estado develando 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. Según 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 suprallegal” (p, 77) Es el conjunto de la circunstancialidad social que afronta el sujeto, los principios supra-jurídicos y los valores constitucionales, el que legitima la justificación penal de quien actúa en situaciones límites dando preeminencia a sus necesidades antes que a la observancia de la norma.

Según la doctrina, las causas que generan el estado de necesidad penal dan lugar al peligro haciendo que quienes lo afrontan reaccionen en ese momento para salvaguardarse, enmarcando cada una de las situaciones en el instante del evento que ocurre en un espacio de tiempo determinado, generando una reacción que también se encuadra en un tiempo específico. A diferencia de esto, la situación 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 social y jurídicamente aceptados con que responder a los peligros que enfrentan permanentemente para sobrevivir. 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.

Otro de los factores a revisar en la creación e implementación de medidas político-criminales es la realidad axiológica-normativa³⁹ 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 Estado de Derecho y 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. Tal como se ha señalado, una medida político-criminal no puede 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 colocar su realización y concreción en un nivel supralegal.

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. Según el artículo 2 de la Carta Magna⁴⁰ el Estado

³⁹ 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.

⁴⁰ “... 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”.

venezolano es social, democrático, de Derecho y de justicia, nociones que deben abordarse brevemente a fin de establecer los lineamientos en virtud de los cuales 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 respetan normas y principios jurídicos previamente establecidos y 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 que además de esto limita de manera sustancial la actuación de los poderes públicos. Según su criterio, el verdadero Estado de Derecho se ajusta, desde el punto de vista formal, al principio de legalidad penal y desde el punto de vista sustancial, se rige conforme a este principio pero además se limita colocando los poderes estatales al servicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos autoimponiéndose obligaciones concretas. Este aspecto sustancial se caracteriza por la delimitación de un área “intocable” jurídicamente hablando, que queda por fuera de todo poder de decisión aún cuando se trate de la mayoría más absoluta⁴¹.

Un Estado democrático⁴² debe entenderse no sólo como el Estado que fundamenta la toma de decisiones en el juego de las mayorías⁴³ sino en el que

⁴¹ 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, como sistema de límites sustanciales impuestos legalmente a los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales se contrapone al Estado absoluto sea autocrático o democrático.

⁴² 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. Se tomará 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 plesbicitaria.

⁴³ Ferrajoli (2008) señala 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 básicos principios de respeto y convivencia humana.

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. La legitimidad de las medidas y las políticas que se implementan en un Estado democrático está condicionada por su 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 fundamente en la dignidad humana⁴⁴ y de igual manera lo haga 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 con mayores razones a aquellos ciudadanos a quienes se ha dejado permanentemente excluidos.

En criterio de Ferrajoli, (2008) quien defiende un modelo democrático constitucional, el aspecto distintivo y clave de este tipo de democracia no es sólo la positivización del derecho en el ser, sino también en el deber ser, de manera que la validez del derecho está supeditada no sólo a quien legisla y 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. Esto constituye un nuevo paradigma de validez de las normas que deben atender no sólo a la cuestión de procedimiento de elaboración de normas jurídicas sino que no deben versar sobre aspectos que choquen o contravengan los lineamientos supraleales. 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 se ha señalado que existe un grueso número

⁴⁴ El 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 (Carranza, 2001).

de personas a las que tales derechos les son suprimidos por la carencia de políticas estatales, 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, p,37).

Un Estado de justicia es aquel en el cual 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-asociados un servicio real de sus necesidades básicas, para que el sujeto entienda que es el Estado a su servicio y no el Estado en su contra, que se trata de un Estado protector en lugar de un Estado agresor. Partiendo de allí la propuesta acá planteada tiene asidero jurídico y fundamentación moral y social y la actualización de la interpretación que se propone del artículo 65 ord 3° literal d del Código Penal materializa y concreta lo que estos 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 él, como con las decisiones de jueces que teniéndolo como base de su actuación resuelven problemas jurídicos concretos desde 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 supraleales 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 debe procurarse, sino que también legítima la decisión judicial de exonerar de responsabilidad penal a quien haya actuado bajo tal supuesto. No debe olvidarse que cuando se trata de establecer la responsabilidad de alguien que ha actuado en situaciones límites como las descritas, la cuestión se sustrae

parcialmente del ámbito jurídico y se coloca en el plano social, en el que podrá darse a estas situaciones una lectura cónsona con su propia naturaleza.

El Derecho penal en aras de 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 ilustran la interpretación y aplicación de los principios jurídicos, lo que “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 sancionar penalmente a quien violenta el derecho, coaccionado por fuertes y constantes presiones de naturaleza socioeconómica, es una decisión que se desliga de una lectura democrática y social de la actual realidad venezolana, que transgrede y violenta principios jurídicos fundamentales y que 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 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” (Muñoz, 2000, 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 y exigencias en conflictos de la vida diaria, que se ocupe de implementar medidas que solucionen y canalicen los problemas reales de los sujetos concretos que enfrentan necesidades. Este Estado tiene a su cargo prestaciones y obligaciones en la idea de satisfacer las necesidades básicas en los distintos aspectos de la vida cívica, a fin de lograr el mínimo requerido en las condiciones de vida para un ciudadano. Estas obligaciones implican un hacer de parte de los agentes estatales y son exigibles por el ciudadano en todas las instancias pertinentes.

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 sociales⁴⁵, 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 los derechos de los ciudadanos equivale a la declaración constitucional de los deberes del Estado” (Ferrajoli, 1997, p, 862). Este aspecto social del Estado impulsa y da 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. “Un orden estatal sin una justicia social, no forma un estado material de Derecho, como tampoco un Estado planificador y tutelar, que no consigue la garantía de la libertad como con el estado de Derecho, no puede pretender el calificativo de constitucionalidad socioestatal” (Roxín, 2000, p, 49).

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

⁴⁵ 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.

al señalar que el aspecto social muestra la naturaleza intervencionista del Estado, advirtiendo 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.

Existe 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 la 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, son estos factores sociales los que en última instancia se convierten en instrumentos de prevención, tales como programas educativos, de empleo, de participación solidaria, de integración comunitaria, de incentivos y creatividad social, y 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 otra 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 tales 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. No obstante, esta ausencia de respuesta no puede seguirse manejando como si esta realidad no existiera. No existirá una respuesta idónea mientras no se tengan en cuenta principios antes que normas, sujetos reales antes que legalismos, realidades y contenidos sociales antes que conceptos jurídicos rígidos. Hasta ahora la respuesta ha sido la imposición de sanciones penales, más no se puede seguir convalidando esta actuación del Estado cuando la falta de claridad respecto a su responsabilidad, violenta abierta y flagrantemente el Estado de Derecho, y desconoce los derechos fundamentales en cuya realización y consolidación ese Estado debe trabajar.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alcácer, R. (2003). *Los fines del Decho penal. Una aproximación desde la filosofía política*. Ediciones Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Antolisei, F. (1988). *Manual de Derecho Penal*. Parte General. Ed. Temis. Bogotá.
- 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.
- Bolaños, M. (2006). *Política Criminal, técnica legislativa y reforma del Código Penal Venezolano*. En Revista Cenipepec. 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.
- Código Penal Alemán. (1999). Trad. Claudia López. Universidad Externado de Colombia. Bogotá.
- Código Penal de la Nación Argentina. En: <http://www.infoleg.gov.ar>
- Código Penal Bolivia. En: http://www.oas.org/juridico/spanish/gapeca_sp_docs_bol1.pdf
- Código Penal Chileno. En: <http://www.servicioweb.cl/juridico/codigopenal>.

- Código Penal Colombiano. En: <http://domiarmo.iespana.es/index>
- Código Penal Costarricense. En: <http://www.scribd.com/doc/3991645/codigo-penal-costa-rica>
- Código Penal Español. En: <http://www.pdf.search-engine.com/codigopenal>.
- Código Penal Honduras: En: http://www.cejamericas.org/doc/legislación/códigos/pen_hond
- Código Penal Italia: En: <http://www.info4.juridicas.ital.tori.ijure>
- Código Penal Mexicano. En: <http://www.info4.juridicas.unam.mx/ijure>
- Código Penal Perú. En Google.co.ve/codigopenalperuano.
- Código Penal de la República Bolivariana de Venezuela. (2005). Gaceta Oficial N° 5768.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial. N° 5453. 1999.
- Cury, E. (1992). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo I. Ed. Jurídica Santiago de Chile.
- _____ (1992). *Derecho Penal. Parte General*. Tomo II. Ed. Jurídica Santiago de Chile.
- Duff, A. (2001). *Punishment, communications and community*. Oxford University Press. Oxford.
- _____ (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.
- _____ (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.
- _____ (1999). *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Ed. Trotta. Madrid.
- _____ (2009). *Democracia y Garantismo*. Ed. Trotta. Madrid.
- Frías, J. (1988). *Problemas de culpabilidad en el Código Penal Venezolano*. Ediciones Livrosca, C. A. Caracas.
- Gargarella, R. (2008). *De la Injusticia Penal a la Justicia Social*. Siglo del Hombre Ed. 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.
- 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.
- Jimenez, L. (1964). *Tratado de Derecho Penal*. 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, 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. (1942). *Tratado de Derecho Penal*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Mir, S. (1994). *El Derecho Penal en el Estado Social y Democrático de Derecho*. Ariel. Barcelona. España.
- _____ (2004). *Valoraciones, normas y antijuridicidad penal*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. [Http://criminet.ugr.es/recpc](http://criminet.ugr.es/recpc)
- Neuman, E. (1997). *La pobreza y la corrupción deslegitiman a las democracias incipientes, a la ley penal y a los Derechos Humanos*. Ed. Depalma. Buenos Aires.
- Quintano, A. (1963). *Curso de Derecho Penal*. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid.
- 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.
- _____ (2000). *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*. Hammurabí. Buenos Aires.
- _____ (2000a). *La Evolución de la Política Criminal, el Derecho Penal y el Proceso Penal*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia: 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.
- Von Liszt, F. (1927). *Tratado de Derecho Penal*. Instituto Editorial Reus. Madrid.
- Zaffaroni, E. (1973). *Teoría del Delito*. Ed. Ediar. Buenos Aires.
- _____ (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.