

ocupa la atención de la Corte en este proceso, debe insistirse en que, como bien lo afirma el concepto fiscal, no es lo mismo verificar la constitucionalidad de unas normas cuando corresponden al ejercicio de atribuciones extraordinarias propiciadas por la declaratoria de un estado de excepción que examinarlas como disposiciones llamadas a regir de modo permanente, aunque su contenido material sea idéntico. Los criterios relativos al alcance de cada precepto varían de una hipótesis a la otra, de tal manera que no por haberse hallado exequible la norma de Estado de Sitio puede predicarse la exequibilidad de esa misma disposición cuando se la concibe como integrada al orden jurídico de normalidad y ha sido revestida de carácter permanente».¹⁸

De todas maneras, puede hacerse una pregunta: ¿A pesar de las precisiones hechas por los magistrados en sus salvamentos y aclaraciones de votos, la circunstancia de que la mayoría de la Corte Constitucional se atreva a apoyarse en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, cuando actuaba como tribunal constitucional, y bajo otra Constitución, no revela el hecho de que, en ciertos sectores (incluidos los guardianes de la Carta), con la Nueva Constitución no ha pasado nada y todo sigue igual?

La respuesta tiene que ser afirmativa: el gobierno, el Congreso, los guardianes de la Constitución han actuado como si ésta no hubiese cambiado y como si lo normal y lo excepcional no fueran distintos. Lo que en Colombia resulta excepcional es el funcionamiento del Estado de acuerdo a los parámetros de un Estado de Derecho, para no hablar del ostentoso Estado Social de Derecho consagrado en el artículo 1° de la Carta Política.

ESTADO DE NECESIDAD. NATURALEZA JURÍDICA. CONSECUENCIAS

Fernando MEZA MORALES*

Para nuestra tradición jurídico-penal, tanto legislativa como doctrinal, el llamado *Estado de Necesidad* ha sido tratado como causal de justificación del hecho. Tal afirmación se deriva de manera natural de su reglamentación legal pues, tanto en el Código Penal anterior (artículo 25, ordinal 3°) como en el actual (artículo 29, ordinal 5°), tal situación extrema y excepcional aparece enunciada en el último lugar de las causales justificantes del hecho lo que apareja, como consecuencia jurídica, su exclusión del catálogo de los actos que generan la condenación a una sanción penal. Empero, apartándome de la dominante opinión jurisprudencial y doctrinal, así como de los explícitos textos legales, he venido sosteniendo en la cátedra, desde hace más de diez años, que la naturaleza jurídica del estado de necesidad es la de causal excluyente de la culpabilidad y que aquella doctrina se apoya en una defectuosa técnica legislativa. En verdad y de acuerdo con tal hipótesis, puede afirmarse que al artículo 29 del Código Penal sobra el numeral 5°, que debe corresponder con el mismo ordinal al artículo 40 del mismo estatuto estructural del delito.

El presente ensayo no pretende exponer de manera exhaustiva las razones que apoyan la hipótesis; solamente propone su enunciación y el diseño sucinto de pocos pero suficientes argumentos que la respaldan. Del primer argumento soy deudor de Reinhard FRANK expuesto en su largo opúsculo *Estructura del Concepto de Culpabilidad*, vertido a nuestro idioma en el texto autorizado de Sebastián SOLER. El segundo argumento se afina en la interpretación de textos legales y, concretamente, de disposiciones de los Códigos Penal, Procesal Penal y Civil.

18 José Gregorio HERNÁNDEZ GALINDO. Aclaración del voto. Expediente D-179. Sentencia C-126. Decreto 226 de 1991.

* Doctor en Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Catedrático de Derecho Penal, en la misma.

PRIMER ARGUMENTO. LA NATURALEZA JURÍDICA PROPIA DEL
ESTADO DE NECESIDAD ES LA INculpABILIDAD

“Sin embargo, la cuestión de la culpabilidad (prescindiendo del artículo 54 poco afortunadamente concebido) se presenta en derecho penal sólo cuando el comportamiento es antijurídico, prohibido. Con ello habríamos alcanzado el siguiente precepto: **un comportamiento prohibido puede ser imputado a alguien como culpable cuando le podemos hacer un reproche por haberlo asumido**”¹ (Son del texto las subrayas). El Código Penal Alemán, para la época del ensayo de FRANK, consagraba un *Estado de Necesidad Justificante*. Por esta razón se explica su juicio de reserva sobre esa desafortunada regulación. He insertado la anterior transcripción para indicar el sitio de la culpabilidad dentro del esquema del delito de FRANK, que no es otro que el juicio que se formula sobre una tipicidad antijurídica.

Para que pueda afirmarse la culpabilidad, se requiere la concurrencia de tres presupuestos: a) “Una aptitud espiritual normal del autor”² a la que él llama **Imputabilidad**; b) “una cierta concreta relación psíquica del autor con el hecho en cuestión o aun la posibilidad de éste, de manera que o bien aquél discierne sus alcances (dolo) o los podía discernir (imprudencia)”³, y c) “la normalidad de las circunstancias en las cuales el actor obra”⁴. Dentro de este tercer literal expresa, más adelante, que la reprochabilidad del injusto desaparecerá “... cuando las **circunstancias concomitantes** comportaban para el autor o para un tercero **un peligro del cual precisamente la acción prohibida lo podría salvar**”⁵ (Son mías las subrayas).

Posteriormente, el finalismo reprochará a FRANK haber mantenido un concepto híbrido de culpabilidad, compuesto de elementos normativos y naturalistas, pero reconocerá su valioso aporte para contornear sus perfiles con la introducción de lo que se ha llamado *exigibilidad de la conducta conforme a derecho* cuando el acontecer del hecho típico-antijurídico no ha estado perturbado por *circunstancias concomitantes* anormales. Esta situación ha sido clásicamente ejemplificada con la situación de los dos naufragos y su tabla salvadora de CARNÉADES. “X” y “Z” naufragos, no tiene cada uno otra opción para salvar su vida que la de matar a su

1 FRANK, Reinhard. *Estructura del Concepto de Culpabilidad*. Traducción de Sebastián SOLER. Publicaciones del Seminario de Derecho Penal. Universidad de Chile. 1966. p. 29.

2 *Ibidem*, p. 30.

3 *Ibidem*, p. 31.

4 *Ibidem*, p. 31.

5 *Ibidem*, p. 31.

compañero de infortunio, pues el instrumento de salvación sólo puede soportar a una persona. Para apoderarse de la tabla, únicamente quedan la fuerza, la astucia o la abnegación de quien prefiere morir para que el otro sobreviva y, tanto si “X” mata a “Z” y salva su vida como si “Z” elimina a “X” y es, a su vez, quien la conserva, infringe el orden jurídico que prohíbe matar y lesiona el derecho a la vida del compañero sacrificado, apremiado por insuperables circunstancias que le compelen a actuar contra derecho, es decir, antijurídicamente. En este caso, el *cumplimiento del derecho no es exigible* pues el común de las personas habría actuado de idéntica manera. El Derecho se orienta a regular las conductas de los seres humanos comunes y corrientes y no sería equitativo ni razonable que, para cumplir con los mandatos del Derecho, se tuviera que recurrir a comportamientos como los que alientan el alma de los santos, de los héroes o de los mártires. La línea de la regularidad, del ordinario acontecer, no la de los extremos de la indolencia o el heroísmo, presiden la vida de los hombres y, por eso, puede pensarse que constituye una especie de principio general del Derecho. Lo que no puede derivarse del ordinario acontecer humano, en el orden general, no puede exigirse en el actuar concreto del autor del hecho ilícito, trátase del caso de la tabla de CARNÉADES o de cualquier otro similar. Fuera de que, en el caso concreto, la función de prevención especial de la pena quedaría completamente enervada pues, si se castiga a “X” o a “Z” por haber matado a su compañero en tan apremiantes circunstancias, en caso de que se repitiera la tragedia volvería a obrar en idéntica forma, postergando para un futuro lejano e incierto el castigo por obedecer a la Ley de la Conservación, más imperiosa que las leyes de los hombres. En el caso de que circunstancias excepcionales no acompañen el acto homicida, para continuar con el ejemplo (matar para satisfacer una venganza), el acatamiento del Derecho es exigible y la conducta es culpable, si coexisten los presupuestos ya determinados mediante los literales a) y b).

Pero si la conducta puede calificarse de inculpable no puede, en cambio, justificarse, como ocurre en la legítima defensa que, en estricto derecho, constituye la única causal de licitud del hecho pues excluye la antijuridicidad que *ab initio* concurre en la conducta; no puede, en cambio, pensarse que cuando se actúa dentro de alguna de las tres primeras causales del artículo 29 del Código Penal, se manifieste un principio de violación del ordenamiento jurídico, la conducta nace y se desarrolla conforme, en todo, con el derecho. En la defensa justa, bien es sabido, el agresor se sitúa al margen del derecho y en contra del mismo, en tanto que el agredido ha permanecido dentro del ámbito de lo jurídico y, frente al conflicto de intereses que en la situación surge, resulta justo y lícito que el ordenamiento privilegie al inocente y no a quien ha conculcado el derecho.

La situación del *Estado de Necesidad* es bien diferente: Tanto "X" como "Z" son personas inocentes que en ningún momento se han situado por fuera del derecho y en contra del mismo y, por tal razón, merecen un trato igual, pero si se justificara que el uno matara al otro (al otro que en todo momento actúa jurídicamente), eso significaría que la ley penal privilegiaría la fuerza o la astucia en detrimento del débil o del ingenuo, y una norma jurídica que tal hiciera perdería su legitimación ética, pues legalizar un acto de fuerza o una artimaña, así fuera por vía excepcional, conduciría, además, a que otra persona en situación similar aunque no estrictamente de necesidad, reclamara igual privilegio del legislador penal. El acto de matar o de lesionar o de hurtar, etcétera, en caso de *extrema necesidad* es un acto ilícito, aunque pueda acordarse su inculpabilidad por las razones arriba apuntadas. No obstante, procede considerar que, si bien el autor del hecho ejecutado en caso de necesidad queda sustraído a toda responsabilidad penal, es factible, en cambio, gravarlo con la responsabilidad civil indemnizatoria. Esto aparece como justo, pues si el favorecido penalmente con el actuar necesario salvó su derecho, debe reparar económicamente a quien por ello resultó sacrificado en el suyo. Esta parece una solución de justicia y así lo legisla el derecho positivo colombiano, como pasará a reseñarlo.

SEGUNDO ARGUMENTO. EL ESTADO DE NECESIDAD NO JUSTIFICA LA CONDUCTA

El anterior Código de Procedimiento Penal de 1971, decreto 409, preceptuaba en su artículo 30: "Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria. La acción civil no podrá intentarse ni proseguirse cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa". Las providencias que podían alcanzar esa fuerza de cosa juzgada eran los *Autos de Cesación de Procedimiento* que regulaba el artículo 163 del mismo estatuto procesal y la *Sentencia Absolutoria*. Debe repararse en que, entre los casos frente a los que no puede iniciarse ni proseguirse la acción civil indemnizatoria, ni dentro del proceso penal ni ante la jurisdicción civil, no aparece mencionado el *Estado de Necesidad*.

Continuando esa línea legislativa, el artículo 8° de la Ley 81 de 1993, correspondiente al artículo 57 del Código de Procedimiento Penal, preceptúa: "Efectos de la cosa juzgada penal absolutoria. La acción penal no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en

estricto cumplimiento de un deber o en legítima defensa". Las providencias que generan consecuencias de cosa juzgada, para efectos de la precitada disposición, son la de *Preclusión de Investigación*, la de *Cesación de Procedimiento* del artículo 36 del Código de Procedimiento Penal y la *Sentencia Absolutoria*. Como se observa, *prima facie*, tampoco el *Estado de Necesidad* aparece relacionado como causal que extingue la acción civil. Vale decir, que si la acción civil no se había iniciado, puede promoverse y si se había intentado, puede continuarse. Se sabe que el delito genera una acción penal que es ejercida por la respectiva jurisdicción, a la par que una acción civil (artículos 103 y siguientes del Código Penal) que puede promoverse ante la misma jurisdicción penal mediante la constitución de la parte civil o, de manera independiente, ante la jurisdicción civil.

La doctrina enuncia cinco fuentes de las obligaciones, unas de naturaleza lícita como el contrato, el cuasicontrato y la ley, y otras de carácter ilícito como el delito y el cuasidelito, figura esta que la sistemática jurídica conoce como delito culposo. Al respecto, establece el artículo 1494 del Código Civil: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasi contratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia". Posteriormente a la reglamentación de las obligaciones y los contratos, el Código Civil se ocupa de la responsabilidad extracontractual, a partir del artículo 2341 que dispone: "El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido". En este caso, no interesa distinguir culpa civil de culpa penal, pues es indiscutible que los delitos culposos generan responsabilidad civil conforme a este artículo, al artículo 1494 del Código Civil y al artículo 103 del Código Penal.

Dejando de lado la responsabilidad contractual que nace de los contratos, la que emana de la ley, en ambos casos mediante cumplimiento voluntario, o mediante ejecución forzada a través de la justicia civil cuando no se cumplen voluntariamente las obligaciones, baste afirmar que es de la esencia de la responsabilidad extracontractual nacida del delito, la naturaleza ilícita de ella. Ciertamente que se conoce, también, una responsabilidad nacida del ejercicio de actividad peligrosa, caso en el cual la obligación indemnizatoria no tiene fundamento en la ilicitud del hecho (la actividad tiene autorización legal pero su ejercicio comporta peligro para los coasociados) pero sí tiene respaldo en un imperativo de justicia o de equidad, a

saber: si la actividad peligrosa reporta beneficios para su propietario, en caso de que de su ejercicio se produzca un daño a un tercero que no obtiene beneficio de dicha actividad, resulta justo que sea aquél quien asuma los riesgos patrimoniales y no el segundo, por lo que éste está legitimado para reclamar reparación económica, en caso de recibir daño o perjuicio. Acá no se requiere que el daño provenga de un comportamiento ilícito; basta demostrar la simple actividad peligrosa y el Juez deberá condenar a reparación al beneficiario de la misma porque resultaría injusto que el no beneficiario de ella asumiera los perjuicios que puedan derivarse de su ejercicio.

Cuando la ley civil habla de delito o culpa que infiere daño a otro, no es posible tomar estas expresiones en la significación dogmática que tiene en la doctrina contemporánea, es decir, como hecho típico, antijurídico y culpable. Por supuesto que si el acto humano ostenta todos estos predicados, las responsabilidades penal y civil surgen como incuestionables. Pero existen situaciones en las que esa estructura formal no tiene que demostrarse y, justamente, uno de esos casos es el de concurrencia de *Estado de Necesidad* en la conducta típicamente injusta. Sería ilógico deducir responsabilidad jurídica del cumplimiento del derecho y, por eso, el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal dispone la imposibilidad de ejercer acción indemnizatoria civil cuando el Estado declara que el hecho no ha existido (pues tampoco puede haber existido el daño) o que el procesado no lo ha cometido. (lo cual no obsta para que la acción civil se ejerza contra quienes no sean amparados con dicho pronunciamiento) o que el autor del hecho obró en cumplimiento de un deber o en legítima defensa. La razón de tal exclusión de la acción civil se fundamenta en que, en tales casos, no existe ilicitud del hecho, por lo que resultaría absurdo y contradictorio condenar a indemnizar a quien se ha ajustado a la ley en su conducta. Si el *Estado de Necesidad* del ordinal 5º, del artículo 29 del Código Penal fue excluido de dicho tratamiento es porque el mismo no justifica la conducta; solamente impide el juicio de culpabilidad del hecho antijurídico, lo mismo que la coacción ajena insuperable o el error del artículo 40 del Código Penal. Se violentaría la *sindéresis* cuando se afirmara que, aunque el *Estado de Necesidad* justifica, es decir, excluye la antijuridicidad del hecho, no obstante existe obligación de indemnizar. En el caso de esta causal, la responsabilidad penal se excluye pero no porque se justifique el hecho sino porque está ausente la culpabilidad. Además, la reserva que trae el artículo 57 del Código de Procedimiento Penal sustrayendo al *Estado de Necesidad* de la improcedibilidad de la acción civil indemnizatoria es justa, como antes se dijo, porque si, por ejemplo, alguien pierde su capacidad laboral como secuela de Lesiones Personales sufridas para salvar la vida o la integridad

personal de otro, es equitativo que éste satisfaga patrimonialmente ese beneficio. En consecuencia, si la declaratoria de *Estado de Necesidad* mediante providencia con fuerza judicial de sentencia no impide la vía civil indemnizatoria, es porque esa causal no excluye la antijuridicidad del hecho, por más que el artículo 29 del Código Penal la relacione como causal de justificación. Su naturaleza jurídico-doctrinal, así como su tratamiento legislativo es, a pesar de las apariencias, la de causal de inculpabilidad.

No obstante el laconismo del texto legal (artículo 57 del Código de Procedimiento Penal), es preciso entender que, en todos los casos de actuación conforme a derecho (obediencia a la ley o ejercicio de derechos conferidos por ella), el daño objetivo que resultare no puede ser objeto de acción judicial civil, como que sería contradictorio afirmar que el cumplimiento de la ley genera responsabilidad jurídica; y es que los numerales 1, 2 y 3 del artículo 29 del Código Penal no son, *strictu sensu*, causales de justificación pues las conductas nacidas bajo su amparo surgen al mundo jurídico como estrictamente ajustadas a derecho.

Termino este breve ensayo recordando que se trata sólo de reseñar una hipótesis que, por supuesto, es susceptible de más amplia argumentación, sobre todo, desde el campo del Derecho Civil.