
DERECHO PENAL CONTEMPORÁNEO

Revista Internacional

12

Julio - Septiembre 2005

ISSN 1692-1682

Bogotá, Colombia Bogota - Mexico D F - Buenos Aires Caracas Lima Santiago Miami

LEGIS

INFORMACIÓN & SOLUCIONES

Pobreza, estado de necesidad y prevención general: los “correos de la cocaína” y el Tribunal Supremo español*

Margarita Martínez Escamilla
Profesora titular de derecho penal
Universidad Complutense de Madrid
(España)

Sumario

El continuo desconocimiento de la exculpante del estado de necesidad en los delitos de tráfico de estupefacientes ignora una realidad social de los autores de la conducta, el sustento de los fallos se enfrenta a la dogmática penal y se constituye en una causal de justificación inexistente en la práctica

En la mayoría de casos, la confrontación de bienes jurídicos en pugna no es cierta porque, para la autora, el bien vida es superior al de la salud pública, más aún cuando el primero está afectado de manera cierta y el segundo solo se enfrenta a una amenaza potencial

Temas relacionados

Estado de necesidad, eximente completa e incompleta, marginalidad social, bien jurídico, salud pública, vida, ponderación justicia

I. El problema

Con la expresión "correos de la coca" se va a hacer alusión a aquellas personas que, desde hace ya bastante tiempo, pueblan la jurisprudencia penal y también las cárceles españolas. Estos sujetos, también conocidos con el nombre de "mulas", de procedencia latinoamericana, en su mayoría colombianos, son detenidos al intentar introducir a España, por vía aérea, cantidades no muy elevadas de cocaína. La forma de introducir la droga cambia de vez en vez, pero es frecuente que estas personas ingieran la droga y la porten en su aparato digestivo, práctica por la que se les denomina "boleros", dada la preparación de la droga en forma de bolas para su ingesta.

Su función consiste en transportar la droga, sin que tengan otra implicación en dicho negocio. Una vez detenidos, son acusados de un delito contra la salud pública, de tráfico de drogas que causan grave daño a la salud, correspondiéndoles, según el Código Penal español vigente, la durísima pena de 9 a 13 años de prisión y multa⁽¹⁾

(1) En un periodo relativamente breve de tiempo, las consecuencias penológicas de la conducta de los "correos" han sufrido un importante varien. Su conducta está tipificada en el artículo 368 del Código Penal español según el cual "los que ejecutaren actos de cultivo, elaboración o tráfico o de otro modo promuevan favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas o las posean con aquellos fines serán castigados con las penas de prisión de 3 a 9 años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud y de prisión de 1 a 3 años y multa del tanto al duplo en los demás casos". El artículo 369 establece una serie de agravaciones al tipo básico entre las cuales es de destacar que la droga con la que se trafica sea de notoria importancia, circunstancia esta que no concreta el Código Penal, sino los tribunales —lo que podría considerarse, en otro orden de cosas, una lesión del principio de taxatividad—

Durante mucho tiempo el Tribunal Supremo español consideró que a partir de los 120 gramos de cocaína, reducida a pureza debía aplicarse la mencionada agravación, por lo que la pena que durante muchos años se imponía a los "correos" era la de 9 a 13 años de prisión más multa. Esta situación cambió con un acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 19 de octubre del 2001 que consciente del excesivo rigor penológico, eleva la cantidad de cocaína necesaria para apreciar la notoria importancia de 120 gramos a 750 gramos, reducida a pureza. Como esta cantidad no suele ser alcanzada por los "correos" la pena que se les ha venido imponiendo a partir de tal acuerdo, es de 3 a 9 años de prisión más multa.

La Ley 11 del 2003 supone un nuevo hito en la situación penal de estas personas. Esta ley modificó entre otros preceptos, el artículo 89 del Código Penal. Su apartado 1º ahora establece "Las penas privativas de libertad inferiores a 6 años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español salvo que el juez o tribunal previa audiencia

La inmensa mayoría de estas personas esgrimen, en su defensa, que fue el intento de salir de una angustiada situación económica lo que las llevó a delinquir, con la esperanza de que dicha razón sirva para atenuar el castigo. El magistrado del Tribunal Supremo, Perfecto Andrés Ibáñez, se refiere a ellos con las siguientes palabras: “Muchas veces, son víctimas de las más lamentables condiciones de vida y, por eso, fácilmente de la falta de escrúpulos de quienes se aprovechan, de forma sistemática y sin riesgo propio, de tales situaciones

Imputados que, además, padecen, en último término, un *plus* de gravamen, derivado de la frecuente precariedad de su posición en el proceso, que, con frecuencia, les impide allegar pruebas atendibles de un estado de necesidad que, en otras condiciones, sería relativamente fácil acreditar. Baste pensar que el inculpado estándar y actual destinatario por antonomasia de la aplicación del artículo 369 3º del Código Penal, procede de los estratos sociales más bajos de países en los que la salud y la subsistencia como derechos son pura retórica constitucional y que, dentro de este estereotipo, el de quien transporta la droga en el interior del propio aparato digestivo, expresa, solo con esa opción trágica —dicho sea con una categoría tomada de la filosofía moral contemporánea—, un drama personal que no debería ser indiferente para el derecho”²⁾

(cont. nota 1)

el Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España” Esta previsión afecta de lleno a los “correos de la cocaína”, pues son extranjeros no residentes legalmente en España, que pueden ser condenados, en virtud del artículo 368 del Código Penal a una pena de menos de 6 años. Sin embargo para supuestos como el de los “correos” los órganos judiciales en el momento de aplicación de la mencionada ley —vigente desde el 1º de octubre del 2004— se han mostrado reacios a la aplicación de la expulsión (Otras consideraciones acerca de esta previsión en la nota 89)

sin embargo poco ha durado la reducción penológica de la conducta del correo. La ley 15 del 25 de noviembre del 2003 introduce un nuevo agravante a estas conductas cuando las drogas se introduzcan o se saquen ilegalmente del territorio nacional (C.P., art. 369 10ª). Por lo tanto, a partir de la entrada en vigor de la mencionada ley, la pena legalmente establecida para las conductas objeto del presente estudio pasa de 9 años como mínimo si bien habrá que estar atento a la aplicación que los tribunales hagan de dicho agravante controvertido por muy diferentes razones

2) En su magnífico voto particular a la STS 24-01-2001, (RJ 2001459) anterior al acuerdo de Pleno arriba citado en el que Andrés Ibáñez proponía la revisión del

En muchas ocasiones, la alegada situación de grave pobreza no logra acreditarse durante el proceso, pero, en otras tantas, esta queda perfectamente probada, con hechos que se encuentran con frecuencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo tales como los siguientes

- “Marta Lucía T C es madre de dos hijos menores de edad, uno de los cuales padece una deformidad congénita que ha requerido distintas intervenciones médicas. Cuando tomó la decisión de transportar la droga se encontraba sometida a una situación de penuria económica que la llevó a actuar para poder obtener medios económicos que permitiesen su subsistencia y la de sus hijos menores” —STS 24-7-2000, [RJ 2000\7121]—

- “La acción del procesado estuvo impulsada por una situación familiar grave, sin posibilidad de solucionar debido a su situación económica. Con su madre, su esposa, su hermana de 15 años de edad y su hija, a su cargo, sin trabajo, con una hipoteca que pesa sobre su vivienda, a la que no puede hacer frente, ni en cuanto al capital ni a sus intereses, padeciendo su hija una enfermedad respiratoria, que de no hacer frente con la oportuna operación devendría en irremediable, no pudiendo hacerle frente debido a la carencia de medios económicos, y habiendo agotado las posibilidades a su alcance, incluso las de empeño de sus bienes, que ya había efectuado ” (STS 23-1-1998, [RJ 1998\52])⁽³⁾

(Cont. nota 2)

critorio de demarcación de la notoria importancia apuntando como una de las razones para tal revisión la necesidad de adecuar la pena a la conducta de los boleros

(3) Y continúa la descripción “() Persona sin la cualificación apta para obtener un trabajo regularmente remunerado, lo que le cerraba las puertas a la adquisición de una colocación, había solicitado un préstamo de 10 millones de pesos para adquirir la vivienda, y ante la imposibilidad de pagar al menos los intereses acudió a prestamistas y por medio de amistades consiguió que se pagaran los intereses y atrasos de la hipoteca constituida sobre la vivienda. Agotado su crédito sobrevino la enfermedad de su hija cuya operación costaba 10 millones de pesos si bien pudo conseguir que esa cifra se redujera a 2 millones de pesos en el caso de intervenir a la niña en un Hospital de la Beneficencia. En estas condiciones y con la finalidad de conseguir el dinero accede a realizar el viaje no sin antes haber dudado e incluso rompiendo el primer pasaporte que le proporcionaron lo que ocasionó una cadena de amenazas para su familia que le impuso finalmente a acceder a la propuesta hecha por terceras personas”

Precisamente, el objeto de este artículo es la circunstancia psicosocial de la pobreza o penuria económica como elemento determinante de la actividad delictiva, y en él se analizará la respuesta que el Tribunal Supremo emite frente a estos supuestos, así como las dudas técnicas, político-criminales y, por supuesto, ideológicas que dicha respuesta suscita

Evidentemente, la penuria económica como móvil delictivo no aparece solo en los delitos de tráfico de drogas, ni es patrimonio exclusivo de los “correos de la coca” Desde hace años, estos casos abarrotan la jurisprudencia penal española y pueden servirnos de ejemplo ilustrativo para indagar cómo el derecho penal y el Tribunal Supremo español tratan el fenómeno de la pobreza⁽⁴⁾ Por esto, trascendiendo el ejemplo y también la doctrina jurisprudencial, abordaré la cuestión de que si tal circunstancia psicosocial ha de verse reflejada en la determinación de la responsabilidad penal del sujeto, y si la eximente de estado de necesidad constituye un expediente adecuado

2. La respuesta judicial

2.1 Regla general

En los delitos de tráfico de drogas, la penuria económica no puede dar lugar a la eximente de estado de necesidad, ni completa, ni incompleta

Los correos de la coca suelen esgrimir en su defensa que fue el intento de salir de una situación de

(4) También existen supuestos en los que queda acreditada la penuria económica como motivo de la venta de pequeñas cantidades de droga en nuestro país. En este sentido la STS 5-10-1998 (RJ 1998\7107) que analiza el supuesto de una ciudadana española dedicada al menudeo de droga y a quien en primera instancia se le había aplicado la eximente incompleta de estado de necesidad, atendiendo a que se había “visto impulsada la imputada a practicar el ilícito comercio por la necesidad de procurarse los más indispensables medios de subsistencia tanto para ella como para sus numerosos y pequeños hijos a cuyo sustento no se alcanzada (sic) con la sola aportación dineraria escasa en su cuantía, que facilitaba el abuelo de los menores”. El Tribunal Supremo en aplicación de la doctrina que se comenta en el texto “casa la sentencia y condena sin apreciar eximente alguna”. Por supuesto el problema planteado tampoco es monopolio de los delitos contra la salud pública

angustiosa penuria económica lo que les condujo a delinquir, con la esperanza de que esta circunstancia sea tenida en cuenta en la determinación de su responsabilidad penal. Para la articulación técnica de dicha pretensión, se acostumbrará acudir a la eximente de estado de necesidad⁽⁵⁾, según la cual queda exento de responsabilidad penal el que, en estado de necesidad, y para evitar un mal propio o ajeno, lesione un bien jurídico o infrinja un deber, siempre que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, que esa situación no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto y que este no tenga obligación de sacrificarse (C P, art 20 5ª)

Desde luego, en bastantes casos en los que el procesado alega penuria económica, esta no es real o no logra acreditarse y, en caso de probarla, la respuesta del Tribunal Supremo sigue siendo contundente "La jurisprudencia de esta Sala ha sido desde siempre contraria a admitir la eximente de estado de necesidad de tipo económico al tráfico de drogas, declarando que tal conducta entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente, de forma que este delito en principio y como regla general, sin que puedan excluirse supuestos excepcionales, no puede ser compensado, ni de manera completa e incompleta, con la necesidad de tal remedio económico"(STS 15-2-2002, [2002\3579])

Como razón de tal negativa, el Tribunal Supremo apunta que la gravedad del mal causado es mucho mayor que la que se pretende evitar⁽⁶⁾ y, teniendo en cuenta el tenor literal del artículo 20 5 del Código Penal, emite frecuentemente declaraciones como las siguientes

(5) De hecho no abundan en la jurisprudencia acerca del estado de necesidad supuestos que no sean de penuria económica

(6) En este sentido SSTS 11-2-2002 (RJ 2002\3069) 10-12-2001 (RJ 2002\1430) FJ 1º 14-12-2001 (RJ 2002\1135) FJ 2º 3 18-12-2001 (RJ 2001\10015) 20-9-2001 (RJ 2001\7832) FJ 1º 29-3-2001 (RJ 2001\2334) FJ 3º 26-10-2000 (RJ 2000\9535) 21-9-2000 (RJ 2000\8068) FJ 3º 14-7-2000 (RJ 2000\7510) FJ 1º 19-6-2000 (RJ 2000\5782), FJ 2º 12-6-2000 (RJ 2000\5256), FJ 4º 1-10-1999 (RJ 1999\7596) FJ 10º 6-7-1999 (RJ 1999\5634) 30-10-1998 (RJ 1998\8725) FJ 2º, 21-4-1997 (RJ 1998\3785) FJ 2º 21-4-1998 (RJ 1998\3785) FJ 2º 17-6-1997 (RJ 1997\5973) FJ 5º 8-6-1990 (RJ 1990\5246) FJ 2º entre otras

“La consolidada doctrina de esta Sala ha reiterado que la esencia del estado de necesidad, tanto en su versión completa como incompleta, radica en la inevitabilidad del mal y en que no sea superior al que se trata de evitar, tras una ponderación predominantemente objetiva de la situación en conflicto, teniendo en cuenta, entre otros criterios, la protección otorgada por el ordenamiento jurídico a los bienes enfrentados que, en el caso de la salud pública, es preeminente porque el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico particular por muy agobiante que sea, dadas las gravísimas consecuencias sociales que produce el tráfico y que no es posible compensar, ni de manera completa ni incompleta” (SSTS 21-9-2001, [RJ 2001\7708], FJ 2 °C)

*Así pues,
no faltaría
el primer requisito:
que el mal causado
no sea mayor que
el que se trata
de evitar*

()

“No cabe pues hablar de que el mal causado es igual o inferior al que se quiere evitar. De ahí que la jurisprudencia haya sido siempre proclive a entender que este delito no cabe ser compensado, ni de manera completa, ni incompleta, con la necesidad de tal remedio económico” (16-3-2001, [RJ 2001\1668], FJ 2 ° 2)

Las frases transcritas no son retazos descontextualizados de sentencias, al contrario, creo que resumen la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el tema planteado: se niega la aplicación del estado de necesidad, tanto como eximente completa como incompleta, porque el mal causado sería mayor al que se trata de evitar. En la mayoría de las resoluciones, se echa de menos la explicación del porqué, afirmada la desigualdad de los bienes en conflicto, no cabe ni siquiera la eximente incompleta, lo que parecería lógico al faltar no el presupuesto, sino uno de los requisitos del estado de necesidad: que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar. No obstante, esta explicación a veces aparece esgrimiéndose fundamentalmente en dos argumentos: uno de naturaleza técnica o dogmática y otro político-criminal.

En cuanto a la razón dogmática, el Tribunal Supremo —cuando tiene a bien una mayor motivación— suele argumentar la negativa a aplicar la eximente incompleta, que se seguiría lógicamente de la afirmación de que el mal causado es mayor que el que se trataba de evitar, en la desproporción entre bienes jurídicos. Según esta explicación, la diferencia entre el mal, la penuria económica y los efectos derivados del tráfico sería tal, tan enorme el desequilibrio axiológico, que ni siquiera existiría un conflicto o confrontación que permitiera hablar de un estado de necesidad. Así pues, no faltaría el primer requisito que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar, faltaría, más bien, el presupuesto de la eximente: la situación de necesidad propiamente dicha⁽⁷⁾.

En algunas sentencias, el Tribunal Supremo parece apuntar, como posible razón de su doctrina, que la situación de penuria, de contornos difusos, realmente resulta difícil de encajar dentro de un verdadero conflicto grave y actual entre bienes jurídicos, es decir, que no podría conceptuarse como un mal a los efectos del estado de necesidad⁽⁸⁾.

A veces esta razón y la anteriormente expresada aparecen entremezcladas. “No afirmamos la imposibilidad *sic et simpliciter* de estimar el estado de necesidad en relación al tráfico de drogas, lo que afirmamos más limitadamente, *hic et nunc* es que esta crisis económica narrada en el *factum* de la sentencia, no obstante su gravedad, tiene unos caracteres generales y difusos que por comparación y ponderación con los riesgos reales que iban a suponer la distribución de la droga que transportaba el condenado, se revelan en este caso como un mal inferior frente a estos últimos, por lo que entra en cuestionamiento la propia existencia del estado de necesidad que actúa como presupuesto

(7) En este sentido SSTS 15-2-2002 (RJ 2002\2640) FJ 2º 2, 8-2-2002 (RJ 2002\2636) FJ 1º 5, 6-4-2001 (RJ 2001\2082) 16-3-2001 (RJ 2001\1668), FJ 2º, 24-7-2000 (RJ 2000\7121), FJ 3º 30-10-1998 (RJ 1998\8725), FJ 2º 5-10-1998 (RJ 1998\7170), 27-3-1998 (RJ 1998\2973) FJ 2º.

(8) En este sentido si bien en un *obiter dicta* la STS 20-10-2001 (RJ 2001\9086) FJ 4º.

de la causa de justificación” (STS 28-12-2000, [RJ 2001\744], FJ 2 °)⁽⁹⁾(10)

Resumiendo la negación de la situación de necesidad por la desproporción de males constituiría el armazón técnico, a mi juicio erróneo e insuficientemente argumentado, de la exclusión —en los delitos de tráfico de drogas— de la penuria económica del ámbito de aplicación del estado de necesidad

En la jurisprudencia del Tribunal Supremo aparece con frecuencia otra razón, de naturaleza político-criminal, que no solo inspira, sino con la que expresamente se pretende fundamentar tan restrictiva doctrina la constatación de que la penuria económica no es una situación excepcional y el miedo a tener que aplicar en muchos casos de tráfico la eximente completa o incompleta de estado de necesidad. A modo de letanía, se repiten afirmaciones como las siguientes: “La legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una manifiesta impunidad con imprevisibles consecuencias”, lo que sería tanto como “abrir una puerta muy peligrosa a favor de la impunidad o semi-impunidad de los que realizan estas detestables acciones”⁽¹¹⁾

En mi opinión, en la mayoría de los casos, esta es la auténtica *ratio decidendi*, mejor o peor disfrazada

(9) En referencia a la situación del procesado que tenía bajo su cargo a su esposa y tres hijos menores carente de recursos que acreditó el impago del colegio de sus hijos desde 1996 así como el impago de los recibos de luz, agua y gas de su vivienda y que debía abonar 2 millones de pesos por impago de la hipoteca que pesaba sobre la vivienda. En este caso el Tribunal Supremo con la argumentación en parte transcrita estimó el recurso del Ministerio Fiscal y anuló la sentencia de instancia que aplicaba la eximente incompleta de estado de necesidad.

(10) Precizando algunas sentencias en un afán teorizador: “si esa balanza comparativa se inclina mínimamente a favor de la acción delictiva y se aprecia en la situación del agente comisario unas necesidades muy poderosas para realizar la acción la circunstancia modificativa debe aceptarse con carácter parcial —eximente incompleta— finalmente, si en ese escalón comparativo existe una diferencia muy apreciable, la eximente no puede ser aplicable en ninguna de sus modalidades” (STS 30-10-1998 [RJ 1998\8725] FJ 2 °). En el mismo sentido STS 3-10-1998 (RJ 1998\8041) FJ 1 ° 5-10-1998 (RJ 1998\7107) 8-19-1996 (RJ 1996\7136) FJ 1 °

(11) En el sentido indicado STS 24-7-2000 (RJ 2000\7121) FJ 3 ° 24-7-2000 (RJ 2000\7121), FJ 3 ° 13-9-1999 (RJ 1999\7189) FJ 6 ° 7-7-1999 (RJ 1999\5545) FJ 3 ° 26-1-1999 (RJ 1999\825) FJ 4 ° 1-10-1999 (RJ 1999\7596) FJ 10 (13-9-1999 (RJ 1999\7189) FJ 5 ° 7-6-1999 (RJ 1999\5545), FJ 2 ° 26-1-1999 (RJ 1999\825) FJ 4 ° 5-10-1998 (RJ 1998\7170), 21-4-1998 (RJ 1998\3785) FJ 2 ° 27-3-1998 (RJ 1998\2973) FJ 2 ° 8-19-1996 (RJ 1996\7136) FJ 1 °, entre otras

Esta es la jurisprudencia del Tribunal Supremo

que se ha formado para la rama general en la unión

de las provincias. Algunas audiencias provin-

ciales, como el Tribunal Real, por ejemplo, en

algunos de los puntos. Veámos, aun cuando realmente

estas son algunas de necesidad económica, la

exposición de este extremo, que corre a cargo del

tribunal, puede resultar recalcitrante complicada. A la

vez, el propio de probar lo sucedido a más de diez

millones, con una defensa en muchos casos de-

clarante, se une la frecuente reticencia del órgano ju-

dicial a admitir la prueba solicitada, cuya práctica ne-

gocia de su colaboración en bastantes ocasiones.

En algunas ocasiones, las audiencias, olvidando

que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no posee

un carácter vinculante, deniegan la prueba propuesta

por irrelevante, es decir, aunque consiguiera probarse

la jurisprudencia del Tribunal Supremo, no tendría

ninguna influencia en la calificación de los hechos

ni en la determinación de la pena.⁽¹³⁾ Esto es una

muestra más de los nocivos efectos de una especie

de vinculación al precedente judicial que, a pesar

de ser ajeno a la normativa y tradición jurídica

expañola, se impone en la práctica forense y que, entre

otras consecuencias, puede conllevar, como estamos

viendo, la pérdida de una instancia judicial.⁽¹⁴⁾

(13) Así por ejemplo en la STS 23-1-1998 (RJ 1998\52) las consideraciones

político-criminales fueron el único argumento del supremo para estimar el recurso

interpuesto por el fiscal y anular la aplicación de la eximente incompleta. Se afirma

en la sentencia: "A la vista de lo expuesto se hace difícil sostener el criterio de la

audiencia porque la defensa del mismo, dentro del lamentable entorno fáctico

acertadamente reseñado por los jueces de la instancia, podría llevar expansivamente

a situaciones inadmisibles" y continúa en otro párrafo: "La situación descrita en

el *factum* recurrido es lamentable como se ha indicado, pero también es genérica

porque puede ser apreciada en otros muchos casos. La legitimación, total o parcial

consecuencias" (FJ 6°).

(14) Véase por ejemplo la STS 25-6-2000 (RJ 2000\4739), FJ 2°.

(15) En este sentido se manifestaba Quintero Olivares haciendo eco de la queja de

que "de nada sirve presentar ante los tribunales inferiores al Tribunal Supremo

2.2 Las supuestas excepciones la eximente incompleta

Con frecuencia, el Tribunal Supremo puntualiza que la doctrina de la irrelevancia de la penuria económica en el tráfico de drogas conoce excepciones. Cuando comprobamos cuáles son tales excepciones, nos hallamos siempre con supuestos en los que el acusado necesitaba, apremiantemente, dinero para sufragar los gastos de una intervención quirúrgica imprescindible para salvar la vida de su hijo⁽¹⁵⁾, y el tratamiento excepcional que se dispensa a estos supuestos consiste en la aplicación del estado de necesidad. Ahora bien, siempre como eximente incompleta.

Entre los argumentos que utiliza el Tribunal Supremo para ratificar la aplicación incompleta del estado de necesidad por parte del tribunal de instancia, en la línea de sacralización del bien jurídico salud pública que venimos observando, llama la atención el siguiente: “No se trata aquí, como tantas otras veces de una situación de pobreza más o menos real y de difusos contornos, difícilmente encajables dentro de un verdadero conflicto grave y actual entre bienes jurídicos concretos, sino ante una angustiosa necesidad de obtener con rapidez un dinero imprescindible para salvar la vida de un hijo en inminente peligro de muerte

El que el mal de hipotética causación a la salud pública se considere mayor que el que se trataba de evitar obsta la apreciación de la eximente completa pero no la del estado de necesidad como atenuante, que es la calificación acertadamente estimada por la

(Cont. nota 14)

una interpretación diferente, si existe otra de ese tribunal pues no la atenderán en nombre del no confesado temor a que su fallo sea revocado en casación. Y así se añade un nuevo efecto perverso, ya que no solo se transforma a la jurisprudencia en fuente del derecho, sino que además se le otorga carácter vinculante, cual si se tratara de la jurisprudencia constitucional y lo que es más grave los tribunales inferiores autocercenan su libertad interpretativa y la independencia de la jurisdicción de la que gozan y a la que están obligados en el momento procesal de su intervención la cual puede, en muchos casos, ser definitiva” Quintero Olivares *La justicia penal en España* Aranzadi, Pamplona 1998 pp 127-128

(15) STS 9 11-2001 (RJ 2002\1061), 26-10-2001 (RJ 2001\9086) 30-10-2000 (RJ 2000\9536) 8-6-1994 (RJ 1994\4544)

Sala de instancia", que condenaba al acusado a la pena de 5 años de prisión (STS 26-10-2001 [RJ 2001\9086], FJ 4 °)⁽¹⁶⁾

Al respecto, doy un breve comentario en primer lugar, no creo correcto presentar estos supuestos como excepciones a la irrelevancia de la penura económica, pues en ellos lo que está realmente en juego no es perpetuarse o salir de tal situación, sino una vida humana, en concreto, la vida de un hijo

Probablemente, la ponderación entre los males en juego que requiere el requisito primero del estado de necesidad exija algo más que la simple comparación entre las penas con las que el Código Penal amenaza su causación dolosa o imprudente, pero lo que resulta insuficiente son afirmaciones como las anteriores, para justificar que la muerte de una persona no solo no es un mal superior o igual al derivado de la conducta del sujeto, sino que es un mal de menor entidad. Afirmaciones como las transcritas y condenas como las ratificadas requerirían un esfuerzo argumental que el Tribunal Supremo español no realiza

2.3 La subsidiariedad

No cabe ninguna duda de que la doctrina jurisprudencial expuesta puede calificarse, como mínimo, de restrictiva⁽¹⁷⁾. En 1989, Paredes Castañón, sin limitarse al tráfico de drogas, ya calificaba de

(16) "La falta de proporción o exceso en el mal causado por parte del necesitado parece ser la razón última de la STS 8-6-1994 (RJ 1994\4544), FJ 4 ° a pesar de que en otro fundamento jurídico anterior había admitido que el bien jurídico vida ostenta un mayor valor (FJ 3 °). Curioso es el fundamento de la STS 9-11-2001 (RJ 2002\1061) que frente a la ausencia del primer requisito del artículo 20 5 ° argüido por la instancia prefiere negar la existencia de la situación de necesidad "porque no se pudo determinar *ex ante* que el resultado que se quería evitar se hubiera producido necesariamente en caso de no ser cometido el delito" entendiéndose que concurre en el procesado un error de prohibición (FJ 2 °)

(17) En los delitos de tráfico de drogas no encontramos excepciones a esta tendencia restrictiva. Si puede hallarse en la jurisprudencia del supremo alguna excepción cuando de otros delitos se trata. Por ejemplo, en la STS 23-11-1991 (RJ 1991\8460) el supremo en contra del fallo de la audiencia provincial, aplica la eximente completa de estado de necesidad al sujeto que vendió su vehículo embargado "para atender a las necesidades propias y de sus cuatro hijos dado que las enfermedades del corazón y diabetes que padecía le impedían el desarrollo normal de la pequeña industria de vendedor ambulante a la que se dedicaba

restrictivo el uso de la eximente en casos de necesidad económica⁽¹⁸⁾ y, hace 40 años, Rodríguez Devesa se quejaba del extraordinario rigor de la jurisprudencia española en la aplicación del estado de necesidad al denominado “hurto famélico”⁽¹⁹⁾

Sin embargo, frente a lo constatado por estos autores, el requisito de subsidiariedad, es decir, la inexistencia de otros remedios menos lesivos, ha dejado de ser en el caso de los “correos” el centro de gravedad de la doctrina sobre la necesidad económica. Consolidada la idea de la inexistencia de una situación de necesidad por desproporción de los males en conflicto, se hace necesario acudir al agotamiento de otros medios para justificar el castigo, aunque suele repetirse la necesidad de este requisito a efectos retóricos o “a mayor abundamiento”⁽²⁰⁾ e incluso, en alguna ocasión, constituye la *ratio decidendi* de la inaplicación del estado de necesidad⁽²¹⁾

(18) Paredes Castañón *Subsidiariedad y proporcionalidad de los males en el estado de necesidad. El criterio de la exigibilidad —Comentario a la STS de 8 de abril de 1988—* En Poder Judicial n.º 13 1989, pp. 115 y ss.

(19) Rodríguez Devesa *Necesidad de un nuevo planteamiento de la problemática del hurto famélico* En REP, n.º 19 1963 pp. 501 y ss.

(20) Así, por ejemplo, las STS 15-2-2002 (RJ 2002\2640) FJ 2.º 1 8-2-2002 (RJ 2002\2636) FJ 1.º 4 21-6-2000 (RJ 2000\6322) FJ 2.º 13-9-1999 (RJ 1999\7189) FJ 1.º 5 entre otras puntualizan que en los delitos de tráfico de drogas, la gravedad del daño extrema la exigencia de la imposibilidad de resolver la situación de necesidad a través de otros medios y haya sido necesario que el sujeto agotara la búsqueda de otros remedios. Con mayor matización acerca de la subsidiariedad, por ejemplo la Sentencia 27-3-1998 (RJ 1998\2973) FJ 2.º que diferencia entre necesidad abstracta y necesidad concreta y puntualiza que “el agotamiento de las vías legítimas no debe interpretarse en términos de virtualidad absoluta, sino que dicha exigencia ha de atemperarse en sintonía con las especiales circunstancias concurrentes teniendo en cuenta la situación concreta en que se encuentra el sujeto e instrumentos de que dispone”. En idéntico sentido STS 27-3-1998 (RJ 1998\2973) FJ 2.º 24-11-1997 (RJ 1997\933) FJ 3.º

(21) En este sentido, la STS 23-10-1995 (RJ 1995/8006) que ratifica el pronunciamiento de instancia según el cual ha de aplicarse la eximente incompleta a quien, para salvar la vida de su hija pequeña, accede a transportar cocaína desde Brasil. Pese a considerar que existe una situación de necesidad absoluta e inmediata sin posibilidad de espera para su solución () no consta en el caso que el acusado previamente a acudir a la comisión del delito hubiera agotado todos los medios para remediar la situación y que pudieran existir tales como acudir a servicios médicos subvencionados o de beneficencia lo que, en definitiva, dado el carácter de subsidiariedad e inevitabilidad con que ha de presentarse la agresión del bien jurídico ajeno determina la carencia de acreditación total de necesidad de la conducta adoptada. Elemento fundamental para la estimación de la eximente que en tal caso ha de ser considerada degradada a atenuante como eximente incompleta. Así mismo, fundamento de este requisito la no aplicación de la eximente completa la STS 13-6-1991 (RJ 1991\699) FJ 2.º, en un delito contra la propiedad para lo cual se alude simplemente

3. Pobreza y estado de necesidad. Toma de postura

Una vez resumida la respuesta judicial, representada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se procede a analizar las posibilidades que ofrece la teoría jurídica del delito para el reflejo de la penuria económica como móvil delictivo, tanto en el juicio acerca de la gravedad de la conducta realizada y del daño inferido —antijuridicidad— como en el juicio sobre la imputación personal del hecho o atribución de responsabilidad a su autor —culpabilidad—

Además de la eximente de estado de necesidad, el Código Penal consagra varias figuras que, al menos en un primer examen, podrían servir de cauce para que la circunstancia analizada tuviera un reflejo en la responsabilidad penal. Entre estas eximentes están el trastorno mental (art 20 1 °), el miedo insuperable (art 20 6 °), la atenuante de arrebató, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante (art 20 3 °) o la atenuante analógica (art 20 6 °). Obviamente, no se puede explorar aquí la capacidad de rendimiento de todas estas figuras, por lo que se tratará la figura más invocada: la eximente de estado de necesidad.

Sin embargo, la negativa a atribuirle la condición de mal puede verse en su forma de argumentar en los delitos contra la salud pública

3.1 La pobreza y su conceptualización como mal

Lo primero que requiere la eximente 5 ° del artículo 20 es la existencia de una situación de necesidad, es decir, un peligro para un bien jurídico cuya evitación exige que se actúe, siendo la comisión de un delito la única forma de conjurar el mal. Si no concurre esta circunstancia, lógicamente, no puede hablarse de

(Cont. nota 21)

a "la exigencia de que no hubiera existido posibilidad de atender a tales necesidades acudiendo a alguna de las múltiples instituciones públicas o privadas que indudablemente existen en el lugar de los hechos (Oviedo) como las hay hoy día extendidas por todo el territorio nacional"

estado de necesidad. Se actúa para evitar un mal, un mal, vamos a dar por hecho, de cierta entidad. A mi juicio, situaciones de pobreza graves, como algunas de las que aparecen acreditadas en la jurisprudencia penal que, para efectos del artículo 20.5 del Código Penal, merezcan la consideración de “mal”, es algo que no debería generar dudas.

Sin embargo, nótese que lo contrario podría ser una conclusión para extraer de la jurisprudencia analizada por el Tribunal Supremo. Bien es cierto que el Tribunal Supremo no suele negar expresamente la condición de mal a la penuria económica y que, en otros delitos, a dicha circunstancia le ha concedido relevancia en la cuantificación de la responsabilidad penal.

Sin embargo, la negativa a atribuirle la condición de mal puede verse en su forma de argumentar en los delitos contra la salud pública. Como hemos expuesto, de la presunta desproporción entre males —efectos del tráfico v penuria económica— deriva el Tribunal Supremo la inexistencia de un conflicto calificable de estado de necesidad⁽²²⁾. Ahora bien, a pesar de la gran importancia de uno de los males enfrentados, no podría hablarse de desproporción, si el otro mal objeto de comparación fuera igualmente importante.

Para poder afirmar la desproporción, no basta con que uno de los males objeto de comparación —en este caso el generado por el tráfico— sea enorme, sino que es necesario, además, la nimiedad del otro mal en conflicto. Así pues, parecería que en el trasfondo de esta jurisprudencia estuviera el negar o restarle a la pobreza el carácter de mal.

Uno de los aspectos más llamativos de la doctrina jurisprudencial comentada es que el Tribunal

(22) Si bien, como acertadamente precisa Silva Sánchez en la situación de necesidad propiamente dicha todavía no hay un conflicto, “lo que hay es un peligro que amenaza a un bien de un determinado sujeto, siendo así que este en su afán por desviar de sí dicho mal lo dirige —en lo que aquí interesa sobre todo, agresivamente— contra un tercero. Es entonces cuando surge el conflicto tal colisión, por tanto, es creada por el agente y no previa al mismo como podría parecer. *Sobre las actuaciones en una situación de necesidad que no implican deberes de tolerancia*” En Cuestiones actuales de la teoría del delito. Diego Manuel Luzón Peña y Santiago Mir Puig coordinadores. Mc Graw Hill. Madrid. 1999, pp. 155 y ss., p. 156 nota 5.

Supremo afirma la desproporción entre los bienes en conflicto y niega la relevancia penal de situaciones de pobreza como las alegadas, sin detenerse mínimamente en el análisis y valoración de dicha realidad social y de sus efectos. Este silencio, sobre el que después volveremos, contrasta con la atención prestada a la pobreza desde diferentes ciencias sociales —la economía, la sociología, la psicología, la filosofía moral y política— y con la existencia de magníficas investigaciones no solo teóricas, sino también empíricas sobre dicho fenómeno. Se hace necesario, pues, un acercamiento, aunque sea breve, al fenómeno de la pobreza.

De la pobreza existen múltiples definiciones, donde es frecuente la utilización de criterios monetarios. Por ejemplo, la Unión Europea habla de pobreza cuando la renta percibida está por debajo del 50% de la renta media disponible del país. Posteriormente, este tramo se subdivide en precariedad social, entre el 35% y el 50% de la renta, pobreza moderada, entre el 25% y el 35%, pobreza grave, entre el 15% y el 25% y, por último, pobreza extrema, por debajo del 15%⁽²³⁾.

Sin embargo, existe consenso en que el criterio puramente económico no es suficiente para definir dicho fenómeno, para ello es necesario tener en cuenta indicadores cualitativos. Es cierto que la condición de pobre viene determinada, en primer lugar, por los ingresos que el grupo familiar percibe o, quizá mejor, por la seguridad en el ingreso⁽²⁴⁾, pero no es menos cierto que, consecuencia más o menos directa de la falta de recursos, la pobreza viene acompañada de

(23) Criterio también utilizado por el Consejo Económico y Social en su informe del año 2001 acerca de la pobreza y exclusión social en España, aunque reconociendo expresamente la necesidad de un enfoque pluridimensional. *La pobreza y la exclusión social en España. propuestas de actuación en el marco del plan nacional para la inclusión social*. Colección Informes, CES Madrid 2001 p. 10. Sobre las cifras y características de la pobreza en España puede consultarse el informe Foessa *La pobreza en España* www.entornosocial.es/document/r22.html así como en www.cartas.es

(24) Entre otros, De Lomnitz A. *Como sobreviven los marginados*. Siglo XXI, 6ª ed. 1983, p. 16. Aunque ya antiguo —la primera edición es de 1975— y referido a un suburbio de la ciudad de México, esta es una magnífica investigación de campo que se ha convertido en un clásico de la antropología urbana.

otras señas de identidad⁽²⁵⁾, es una realidad plagada de interrelaciones la relación entre pobreza, analfabetismo y carencia de formación cultural es evidente'

Lógicamente, ello supone mayores dificultades para acceder al trabajo, que siempre será precario o inmerso en la economía sumergida, que no genera ni seguridad ni ningún tipo de derechos, psicológicamente frustrante y que con la vejez o los accidentes terminará condenando al desempleo. Como se ha puesto reiteradamente de manifiesto⁽²⁶⁾, la ausencia de formación cultural supone una indefensión en el mundo burocratizado que vivimos y dificulta enormemente la adaptación personal y social⁽²⁷⁾

En cuanto a las viviendas de las personas en situación de pobreza puede decirse que estas son más pequeñas, carecen del necesario espacio para la intimidad y a veces presentan importantes deficiencias que impiden unas costumbres higiénicas normales, características que pueden producir un rechazo social. Según el autor citado, también las rupturas familiares se viven con mayor frecuencia, debido a que el resto de los factores no ayudan precisamente a facilitar la convivencia.

La salud de los individuos de escasos recursos económicos también resulta deteriorada por la falta de determinados hábitos, por mantener una dieta poco equilibrada, por la somatización de la angustia y, en algunos casos, por la presencia de adicciones. Como resultado de estos factores se encuentra comprobado, a modo de ejemplo, que la esperanza de vida de los pobres de las grandes ciudades es 10 años inferior que la de la población normalizada y que la pobreza

(25) Sobre los diferentes factores excluyentes véase Gaviria M. Laparra, M. y Juárez M. *Aproximación teórica al concepto de exclusión*. En *Desigualdad y pobreza hoy*. Talasa Ediciones. Madrid 1995 pp. 133 y ss. pp. 167 y ss.

(26) En este sentido, entre otros, Canet, E. *Pobreza y exclusión social. Cuadernos de educación para la acción social*. Madrid 2001 pp. 16-17.

(27) Por sorprendente que parezca, los requisitos exigidos para acogerse a los recursos institucionales tienen unas características reglamentarias que acaban incluyendo a los excluidos. Por estar excluidos, lo están hasta del acceso real y concreto al Defensor del Pueblo, que requiere un nivel de integración social y de dignidad que en general los excluidos no cubren. Gaviria Laparra y Aguilar. *Aproximación teórica*. ob. cit. p. 178.

acelera la llegada de la menopausia en las mujeres, con las consiguientes implicaciones negativas para su salud⁽²⁸⁾

Los efectos psicológicos de la pobreza están más que estudiados por los expertos en las ciencias de la conducta: baja autoestima, sentimiento de exclusión, inseguridad, primariedad. Existen interesantes y documentados trabajos que ponen de manifiesto la interrelación existente entre la pobreza, las deficiencias educativas, la precariedad laboral y, en último extremo, los comportamientos sociales desviados. Aunque no tiene necesariamente que ser así, los padres en situación de pobreza, bien por los esfuerzos que han de desarrollar para encarar dicha situación, o bien porque no son conscientes de su importancia, no suelen potenciar el valor de la educación.

Como señala Valverde Molina, “al niño se le ofrecen unos modelos paternos en los que, de una u otra manera, destacan los efectos de una experiencia personal y social frustrante: fracaso, desinterés, apatía, fatalismo, etc. [] Es verdad que otra reacción de los modelos paternos puede ser precisamente la contraria, es decir, transmitir al hijo una motivación positiva hacia aquellas situaciones que consideran importantes aunque ellos mismos hayan fracasado en ellas. Sin embargo, a menudo esa motivación positiva está fuertemente cargada de la propia frustración del modelo y, además, todo el contexto envía al niño un mensaje opuesto”.

Por todo ello, el niño que nace y se socializa en una situación de pobreza accede al mundo escolar, en primer lugar, y al laboral más tarde, ya con unas experiencias previas de fracaso que van a ser un fuerte *handicap* para alcanzar un rendimiento adecuado y una relación gratificante⁽²⁹⁾. La escuela, en la mayoría de las ocasiones, no ofrece una respuesta adecuada al niño que accede con esas carencias psicosociales y se

(28) Conclusión producto de una investigación de la Escuela de Salud Pública de la Universidad de Boston. *El Mundo* 22 de octubre del 2002.

(29) Valverde Molina, *Vivir con la droga. Experiencia de intervención sobre pobreza, droga y sida*. Pirámide de Madrid 2001 p. 48.

convierte en una experiencia frustrante y normalmente breve, que supone otro hito en lo que López Hernández denomina proceso de identificación negativa, “mediante el cual el ser humano terminará vivenciando como real e inevitable lo que de él se pronostica anticipadamente”⁽³⁰⁾

En estas condiciones, el individuo trata de incorporarse al mundo laboral, por lo que le esperan empleos sin especializar, mal remunerados, inseguros y poco gratificantes, en el caso de que no pase directamente de la escuela al desempleo. En este proceso psicosocial, tan rudimentariamente expuesto, se fundamentan otros factores, como pueden ser, por ejemplo, el encuentro y posterior adicción de estos jóvenes a las drogas o, como posible consecuencia de esta adicción, el inicio de una carrera delictiva^{(31) (32)}

Esta sucinta relación de efectos está tomada de investigaciones sobre la realidad española. Para calibrar la amplitud e intensidad de las situaciones de pobreza que pueden darse en los países de los que provienen los correos, hay que añadir a dicha descripción factores como la inexistencia de un sistema de salud con cobertura universal, la falta de acceso de la mayoría a un sistema de seguridad social que cubra situaciones de paro, enfermedad o vejez y la precariedad del asistencialismo^{(33) (34)}

(30) López Hernández *Condición marginal y conflicto social* Talasa Madrid 1999 pp 64 y ss

(31) Carrera delictiva que desembocará en la prisión que es una enorme piedra en muchos casos mortal en esta particular lapidación de la exclusión social. Sobre este aspecto de la pena de prisión véase Martínez Escamilla “*El recuento en el acercamiento personal a la pena de prisión*” En *Panóptico*, n.º 4, Nueva Epoca 2.º semestre 2002 pp 62 y ss

(32) Sobre la relación entre droga y pobreza véase Valverde Molina *Vivir con la droga* ob cit *El mismo Proceso de inadaptación social* Popular, 4.ª ed Madrid 2002

(33) De hecho como apuntan Gaviria Laparra y Aguilar “una de las razones por las que en España la elevadísima precariedad laboral existente no se transforma en exclusión social masiva es además de por la capacidad de cobertura en muchos casos de la institución familiar, por la existencia de mecanismos asistenciales” *Aproximación teórica*, ob cit, p 140

(34) En concreto sobre la realidad colombiana en la década de los 80 y principios de los noventa véase Monteserín Fernández *Los “correos” de la cocaína* Tesis Doctoral inédita Departamento de Psicología Social de la Universidad Complutense de Madrid 1995. Según este autor la economía del país se caracterizaría por una

Como puede observarse, la pobreza es un fenómeno plagado de matices e interrelaciones, por lo que algunos prefieren utilizar la expresión “exclusión social” por considerarla más amplia, al abarcar la imposibilidad del excluido para integrarse y participar en la vida normalizada que se desarrolla a su alrededor⁽³⁵⁾, siendo frecuente en este contexto hablar también de marginación, discriminación, desigualdad social, etc., o miseria para aludir al sector más necesitado⁽³⁶⁾. Con

(Cont. nota 34)

llamativa concentración de la propiedad de la tierra, una industria tecnificada y un rápido crecimiento de las ciudades, consecuencia de la migración del campo a la ciudad en busca de empleo y, cabría añadir, cada vez más, fruto de los desplazamientos. Con una renta per cápita de las más bajas de América Latina, lo que unido a la gran concentración del ingreso pondría de manifiesto abismales desigualdades sociales. La enseñanza se encontraría en gran medida en manos privadas y solo el 59% de la población tendría sus necesidades sanitarias básicas cubiertas constituyendo al acceso a los servicios de salud no un derecho sino un privilegio. A los indicadores básicos definidores del grado de desarrollo de un país, en el caso de Colombia, habría que añadir la situación de violencia generalizada, la corrupción policial, la inoperancia judicial con la consiguiente impunidad y una situación política igualmente caracterizada por la corrupción, el miedo y la violencia.

El autor, en el referido trabajo, lleva a cabo una investigación acerca de las características de “los correos”. De las 1.302 personas que terminaron presas en las cárceles españolas entre junio y julio de 1993, por tráfico de cocaína, Monteserín entrevistó a 33 y llegó a definir el perfil de los correos como “personas normalizadas” de 33 años, casados y con hijos, que poseen estudios medios pero que carecen de una ocupación estable, seguridad social y viviendas dignas, y que delinquen por primera vez” (p. 309), y concluye que serían las teorías anómicas, entendiendo por anomia “la falta entre las metas culturalmente inducidas y las oportunidades socialmente estructuradas” (p. 151) las que mejor explicarían el comportamiento delictivo de estas personas (pp. 317 y ss.) más que la imperiosa necesidad de subsistencia. Reconociendo el interés y valor de esta investigación sociológica, quizá no haya que considerar definitivas sus conclusiones, en primer lugar, por la reducida muestra (33 personas) de su investigación y en segundo lugar, por el denominado “efecto emergente”. Como el propio Monteserín reconoce, las personas que se encuentran en prisión manifiestan un exagerado ensalzamiento de sus cualidades personales y de sus circunstancias para contrarrestar la estigmatización y desvaloración de la que se sienten objeto por estar en prisión (pp. 301 y ss.).

(35) Por ejemplo, Enric Canet la define como “la situación en la que se encuentra una persona o una familia o un grupo social y que, por diversos motivos, no participa de la vida que se desarrolla a su alrededor, ya sea en el proceso de producción, en el consumo y bienestar social, ya sea en la red de decisiones que configuran la vida social [si bien] no siempre la falta de recursos es sinónimo de exclusión social y no solo la exclusión social es debida a la falta de trabajo”. Canet, E. *Pobreza y exclusión social*, ob. cit., p. 24. Para Gaviria Laparra y Aguilar, la idea clave de la exclusión social sería la “no participación” en el conjunto de la sociedad, la “no ciudadanía”, tratándose de una situación marcada por una relativa irreversibilidad, al menos a corto plazo y por una cierta incapacidad de las personas afectadas para salir de su situación por sus propios medios” asociando estos autores la exclusión social a la pobreza absoluta o extrema. Gaviria, Laparra Aguilar. *Aproximación teórica*, ob. cit., pp. 156 y ss.

(36) Sobre estos términos véase, por ejemplo, Gaviria Laparra, Aguilar. *Aproximación teórica*, ob. cit., pp. 133 y ss.; Canet, E. *Pobreza y exclusión social*, ob. cit.

independencia de sus importantes matices, cualesquiera de las expresiones señaladas puede servirnos en el planteamiento del problema, si bien normalmente utilizaré el término pobreza, por ser el más común, y también el de penuria económica, por ser el más utilizado en la jurisprudencia penal

Por supuesto, la pobreza, al igual que la riqueza, es graduable y a los efectos del artículo 20 5 del Código Penal deberíamos intentar la difícil tarea de concretar qué situaciones pueden ser consideradas relevantes de cara a la aplicación de la eximente. Es fácil pronunciarse sobre los extremos. Evidentemente no puede bastar cualquier situación de estrechez económica ni cualquier intento de prosperar y aumentar el acceso a los bienes de consumo, ni, por el contrario, se puede exigir que el afectado vea comprometida su subsistencia, siendo rechazable el "naturalismo" de algunos pronunciamientos judiciales, ciertamente poco recientes, que requerían una quebra importante de la salud o un peligro inminente para la vida como consecuencia de la penuria⁽³⁷⁾

Como sabemos, no son estos últimos los dos únicos bienes que pueden resultar afectados en situaciones de pobreza, sino que también pueden verse comprometidos otros derechos. A la falta de dinero se une la carencia de salud, educación, cultura, empleo, vivienda digna en un barrio digno, tranquilidad, sana convivencia, ciudadanía⁽³⁸⁾—entendida como una posibilidad real de participación en el sistema social normalizado—, etc., derechos cuya privación solo puede considerarse un mal. Habrá que atender a la

(36) Véase nota 36)

(37) Véase ss. López Hernández *Condición marginal* ob cit., pp 47 y ss. De Gálvez A. *Cómo sobreviven*, ob cit., pp 47 y ss

(38) Por ejemplo la STS 1-3-1974 consideraba necesario un peligro inminente para la vida. Por su parte la STS 3-4-78 entiende que la falta de inminencia del mal para la vida determina la apreciación de la eximente incompleta. No se trata de nuestro juicio de un problema de inminencia o no del mal para la vida, sino del problema previo de que ha de considerarse "mal" si el daño para la vida o la situación de penuria económica propiamente dicha y sus múltiples efectos.

(39) Sobre el concepto de ciudadanía véase Gaviria Laparra, Aguilar *Aproximación* ob cit. pp 157-159

situación concreta, a los bienes afectados y a la intensidad de su menoscabo, para decidir si se puede seguir hablando de una "existencia digna"

Así pues, la pobreza es un mal, no es solo una desgracia, sino también un problema jurídico⁽³⁹⁾ con el que nos tenemos que enfrentar. Su dimensión jurídica corre pareja a la universalización de los derechos humanos y su conceptualización como tales de los principios de igualdad y de libertad.

Como apunta López Hernández, en el antiguo régimen, los fenómenos de la pobreza y de la marginación social se percibían como algo natural "No se consideraban a los afectados por tales condicionamientos sociales como excluidos, ya que estaban donde tenían que estar, en el lugar que les correspondía según el orden establecido y no sometido a discusión [] La profunda contradicción se produce cuando la misma sociedad que mantiene sustancialmente sus reales estructuras, productoras de dicha desigualdad, manifiesta o proclama a todos los vientos la igualdad en dignidad de todos los seres humanos. La desigualdad se convierte así en injusta desigualdad"⁽⁴⁰⁾

"el especular con esa posibilidad para negar el conflicto de intereses, equivale tanto como a valorar la prueba en caso de duda en contra del reo."

Estas necesidades de justicia universal han sido sancionadas en declaraciones de carácter universalista, como la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, de 1948, o la *Declaración de los Derechos del Niño*, de 1959, así como en la mayoría de las constituciones de los Estados modernos. La Constitución española proclama en su artículo 1.1 que "España se constituye en un Estado social y democrático de derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político"

(39) En el mismo sentido Paredes Castañón *Subsidiariedad y proporcionalidad* ob. cit. pp. 120-121

(40) López Hernández *Condición marginal y conflicto social* ob. cit. p. 21

Por lo que respecta al adjetivo social, su inicial ductilidad, incluso ideológica⁽⁴¹⁾, queda en gran medida despejada por el artículo 9 2 del texto constitucional, según el cual “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”⁽⁴²⁾, precepto que, además impide que la igualdad que se consagra como valor supremo en el artículo 1º de la Constitución se agote en la vertiente formal y jurídica que parece limitarse el artículo 14 de la Constitución española, tratándose de una igualdad material⁽⁴³⁾

Por último, y desde una perspectiva más dogmática y penal, no creo que, para poder afirmar que concurre el presupuesto del estado de necesidad, sea necesario que el mal que se trata de evitar tenga una directa traducción jurídico penal⁽⁴⁴⁾, es decir, sea un bien directamente protegido en un tipo penal, pues ello

(41) De hecho el calificativo ha sido reclamado y utilizado por formaciones políticas de las más diversas orientaciones. Al respecto, véase Garrorena Morales *Condición marginal y conflicto social* Talasa Madrid 1999 pp 29 y ss

(42) Precepto del que, según Garrorena Morales *El Estado español* cit., p 85, se deduciría la función de remodelación social que compete al Estado: función que rebasa la meramente asistencial. Dicho precepto implicaría, “tras la constitucionalización del modelo neocapitalista la aceptación y reconocimiento de esa misma estructura económico-social establecida como —son los términos del propio artículo 9 2º— obstáculo que hay que remover en el camino hacia la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos” (p 85)

(43) Hablar de pobreza es hablar de desigualdad social, lo que aconsejaría introducir en el análisis del problema el principio de igualdad que tan interesantes cuestiones plantea tanto desde la perspectiva jurídica como filosófica. Para un enfoque filosófico puede consultarse la obra colectiva *Pensar la igualdad y la diferencia. Una reflexión filosófica* —coordinada por Reyes Mate— Fundación Argenteria y Visor, Madrid 1990. Sin embargo, por razones de espacio, y salvo puntuales menciones ha de renunciarse a una debida introducción de dicho principio en la discusión

(44) En este sentido se pronunciaba Gimbernat en sus notas al *Tratado de la parte general del derecho penal* T I vol 2, 2ª ed 1972, de Quintano Ripollés pp 964-965. También Luzón Peña *Aspectos esenciales de la legítima defensa* Bosch Barcelona 1978, p 529 nota 1470 y p 530. Ahora bien, para estos autores por ejemplo, la ausencia de dolor si es un bien jurídico penalmente protegido y así según Gimbernat, el legislador penal trata de evitarlo agravando determinados delitos cuando concurre su ausencia. Por su parte Luzón señala como prueba de la protección, que el Derecho Penal dispensa al bienestar físico la falta de malos tratos. Así mismo Cuérdia se pronunciaba en el sentido indicado. “Los males que no afectan a un bien jurídico protegido en los tipos penales constitutivos de delitos o faltas no pueden

depende no solo de la importancia del bien o derecho en juego, sino también del grado de dificultad para identificar y tipificar conductas claramente lesivas de esos bienes y derechos

Esta postura ha sido sostenida de hecho en alguna ocasión por el Tribunal Supremo. Así, en la reconocida sentencia de 18 de diciembre de 1963, aplicó el estado de necesidad a una mujer que sufría agudos dolores a causa de una enfermedad cancerosa y que, al no encontrar al médico, sustrajo una receta en blanco en la que falsificó la firma del facultativo. Además, como ya hemos comentado, fuera del ámbito del tráfico de drogas, el Tribunal Supremo ha aplicado en alguna ocasión la referida eximente en los supuestos de grave penuria económica⁽⁴⁵⁾ (46)

3.2 La subsidiariedad

Tal y como he tratado de demostrar, en contra de la doctrina jurisprudencial comentada, las situaciones de penuria económica pueden alcanzar la suficiente entidad como para recavar la aplicación de la eximente de estado de necesidad. Si esta conclusión se aceptara, es de suponer que la jurisprudencia caería en la fácil tentación de redescubrir el requisito de la subsidiariedad como útil expediente para negar la existencia de una situación de necesidad.

Por supuesto, no voy a negar la importancia de este requisito. Si el bien amenazado se puede salvaguardar sin lesionar otro bien jurídico, parece lógico

(Cont. nota 44)

dar lugar a un estado de necesidad o, por lo menos, no a un estado de necesidad como eximente completa". Cuerda Riezu. *La colisión de deberes en derecho penal*. Tecnos, Madrid, 1984. p. 296. Esta exigencia parece haber sido matizada posteriormente por Luzón, quien, en su *Curso de derecho penal*, exige tan solo que el mal que amenaza sea un mal en sentido jurídico (p. 624).

(45) Así, por ejemplo, la STS 23-11-1991 (RJ 1991\8460)

(46) Respecto a si la acción realizada en estado de necesidad puede lesionar bienes supraindividuales, no voy a detenerme por considerar esta cuestión suficientemente probada en sentido positivo. Véase por todos, Silva Sánchez. *Sobre el estado de necesidad en derecho penal español*. En ADPCP 1982 pp. 663 y ss. pp. 675 y ss.

negar la existencia de una situación de necesidad⁽⁴⁷⁾, sin embargo, hay que alertar de los peligros que conlleva la actual indefinición de esta exigencia, que la convierte en un eficaz instrumento para fundamentar el castigo. Tan solo basta apuntar que las situaciones de necesidad como las descritas normalmente no son consecuencia de problemas coyunturales, sino que se trata de situaciones estructurales generadas por el propio sistema, de las cuales resulta muy complicado salir⁽⁴⁸⁾.

Es por esto que no me parece de recibo desestimar la eximente mediante la automatizada apelación a la beneficencia o a la ayuda asistencial, pues, aun en el caso de que existan, suelen estar diseñadas para paliar manifestaciones concretas de la miseria y en muy pocas ocasiones son capaces de ofrecer auténticas salidas, es decir, efectos integradores. Por otra parte, si bien es cierto que la concurrencia de una causa de justificación debe ser probada por quien la alega, no puede bastar para considerar que no ha sido acreditado el reproche genérico, como a veces formula el Tribunal Supremo, que el procesado no ha probado haber agotado todos los medios existentes para atenuar su situación, pues la mayoría de las veces esos medios serán, simplemente, inexistentes.

Como ya lo afirmaba Rodríguez Devesa en 1963, “el especular con esa posibilidad para negar el conflicto de intereses, equivale tanto como a valorar la prueba en caso de duda en contra del reo, lo cual es inadmisibles”⁽⁴⁹⁾.

(47) Es decir, si alguien comete un ilícito penal, para solventar sus necesidades económicas pudiendo haber obtenido un trabajo o el préstamo de unos familiares, no es lógico que neguemos la existencia de una auténtica situación de necesidad y por ello la aplicación de la eximente ni siquiera como incompleta. Por ello me parece lo que Luzón Peña quien considera la subsidiariedad un requisito inessential para que cabe la eximente incompleta. Argumenta este autor que cualquier otra forma de evitar el mal supone un sacrificio de bienes propios. Luzón Peña *Curso de Derecho penal Parte general I* Universitas 1996 pp 624-625. Me parece muy acertada la opinión de su discípulo Paredes Castañón quien diferencia los casos en que el conflicto podía haberse solucionado con un medio atípico (altando simplemente el conflicto, y aquellos otros en que podía haberse solventado mediante una conducta típica menos lesiva. En este último supuesto Paredes siguiendo a Rodríguez Roda entiende que debería apreciarse la eximente incompleta. Córdoba *Eximente de subsidiariedad y proporcionalidad*, ob cit, pp 123-124.

(48) Sobre estas dificultades, véase por todos López Hernández *Condición marginal* ob cit, pp 32 y ss.

(49) Rodríguez Devesa *Necesidad de un nuevo planteamiento* ob cit p 507.

Así, no debe bastar, para desestimar un estado de necesidad, la apelación genérica a otros medios, sino que debe haber constancia de que esos medios son reales y eficaces y que estaban al alcance del procesado

3.3 La ponderación de males

Afirmada la existencia de una situación de necesidad que solo se solventa mediante la lesión de un bien jurídico, hay que analizar la concreta forma en que el sujeto ha solucionado ese conflicto y comprobar si concurren los requisitos a los que el artículo 20.5 del Código Penal subordina la exención de pena. El primer requisito es que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar⁽⁵⁰⁾. Requisito que, desde hace tiempo, centra una interesante discusión doctrinal acerca de aspectos dogmáticamente tan nucleares como el porqué de las causas de justificación y cuestiones con tanta dimensión práctica como la extensión de dicha eximente. Por otra parte, como hemos visto, en la ponderación de males reside el peso de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el tema de los “correos de la coca”

3.3.1 Los términos de la ponderación

Este primer requisito del estado de necesidad nos obliga a comparar el mal causado por el necesitado y el mal que este trataba de evitar. ¿Qué es más grave la muerte que causo o mi propia muerte?, ¿los fuertes dolores de cáncer o la falsificación de una firma en receta que cometo para conseguir un analgésico?, ¿cuál constituye un mal mayor, vender una furgoneta embargada o ser desahuciado por falta de recursos económicos y no tener a donde ir?

(50) La actual configuración de este requisito y, en general, del estado de necesidad data de la modificación del Código Penal operada en 1944. Hasta entonces, con diferentes redacciones, se exigía que el mal causado fuera menor que el que se trataba de evitar. Sobre la evolución histórico-legislativa de esta eximente véase Córdoba Roda *Las eximentes incompletas en el Código Penal*. Publicaciones del Centro de Estudios Jurídicos, Oviedo 1966, p. 190, nota 1, Roldán Barbero *La naturaleza jurídica del estado de necesidad en el Código Penal español: crítica a la teoría de la exigibilidad de la conducta adecuada a la norma*. Fundación Juan March 1980 pp. 12 y ss. Cerezo Mir *Curso de derecho penal español. Parte general III Teoría jurídica del delito/2*. 2.ª ed. Tecnos Madrid 1998 pp. 23 y ss., entre otros.

En la mayoría de las ocasiones, la ponderación no es fácil de realizar y las dificultades aumentan cuando, como ocurre en el caso de los “correos de la coca”, se tiene que decidir entre dos términos de comparación tan dispares como los estragos de la droga y los de la pobreza y decidir qué es más importante el derecho de las personas a una vida digna o el daño que genera contribuir a poner en el mercado una cantidad de cocaína que no llega al kilo

La dificultad de la ponderación se pone de manifiesto desde el primer paso, pues ni siquiera estamos seguros de cómo formular los términos de dicha comparación ¿hemos de hablar de vidas o de muertes, de salud pública o de daños a la salud?, ¿es el mal del artículo 20.5 algo más que la lesión del bien jurídico?, ¿dentro del cómputo del mal, registramos solo los daños directos o también los colaterales, además de otros intereses más o menos difusos?

Recordemos que en el caso de los “correos” el Tribunal Supremo sustenta la no aplicación —ni siquiera incompleta— del estado de necesidad en la desproporción existente entre los males y bienes en juego. Veamos cómo realizaba la ponderación que debiera justificar tal decisión

Ha de advertirse que, en la mayoría de las resoluciones del Tribunal Supremo sobre el tema, la referida ponderación en realidad no se realiza, sino que simplemente se presenta la desproporción como un resultado evidente, así “La desproporción entre los intereses enfrentados en el caso de autos se muestra tan evidente y abrumadora que no precisa de mayores comentarios para poner de manifiesto la primacía que ha de otorgarse a la salud colectiva sobre una particular situación de dificultad económica como la que se describe en la sentencia” (STS 5-10-1998 [RJ 1998/7107])⁽⁵¹⁾

()

(51) Supuesto de una ciudadana española dedicada al menudeo de droga y a quien en primera instancia se le había aplicado la eximente incompleta de estado de necesidad justificando a que se había visto impulsada la imputada a practicar el ilícito comercio por la necesidad de procurarse los más indispensables medios de subsistencia tanto

“En el caso que nos ocupa y partiendo de una lógica escala de valores, no ofrece ninguna duda que el tráfico de drogas entraña una gravedad muchísimo mayor que cualquier problema económico que pueda afectar al agente comisario por muy agobiante que sea aquel” (30-10-1998 [RJ 1998\8725], FJ 2 °)

A lo que más tarde llega el Tribunal Supremo, en la motivación de tales aseveraciones, es a enumerar y acentuar los enormes males sociales, psicológicos, familiares, médicos, criminológicos, etc., que el tráfico de drogas conlleva, “consecuencias que abarcan un amplio espectro, desde la ruina física, psíquica, económica y social de adicto, a la destrucción de las relaciones familiares con el subsiguiente e inevitable sufrimiento que ello supone, sin olvidar la fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia trágicos que tal tráfico genera” (STS 24-7-2000 [RJ 2000\7121], FJ 3 °), “llevando a la ruina personal, económica y social a un elevado número de personas, y originando, por tanto, situaciones gravísimas de penuria económica, de aumento de la delincuencia, de enfermedades irreversibles y, en fin, de rupturas familiares, sociales y profesionales” (STS 6-4-2001 [RJ 2001\2082])⁽⁵²⁾ De esta forma de argumentar, varios aspectos llaman la atención

1 Que la descripción no se vea acompañada por la descripción del otro extremo a comparar la pobreza Nada dice el Tribunal Supremo de los múltiples e indiscutibles efectos —criminógenos, sociales, psicológicos, físicos, etc— de la pobreza, silencio que, abandonando la reflexión estrictamente jurídica, bien podría ser interpretado como muestra del distanciamiento que estudiosos de la marginación achacan a las instancias oficiales, incluidas las ju-

(Cont nota 51)

para ella como para sus numerosos y pequeños hijos a cuyo sustento no se alcanzaba (sic) con la sola aportación dineraria escasa en su cuantía que facilitaba el abuelo de los menores” El Tribunal Supremo, en aplicación de la doctrina que se comenta en el texto casa la sentencia y condena sin apreciar eximente alguna (52) Formulas que se repiten en todas las sentencias que rechazan la aplicación del estado de necesidad en estos casos Véanse notas 12 y 13

diciales, en su forma de considerar los problemas relacionados con la pobreza y la marginación⁽⁵³⁾, y podría ser buscado para tratar de ocultar que la decisión previamente adoptada es jurídicamente difícil de fundamentar y que, además, no es justa. Silencio en cualquier caso indebido, pues difícilmente se puede motivar una ponderación, si no se pone nada en uno de los lados de la balanza.

2 Por otra parte, nótese la peculiar forma de valorar el mal generado por el "correo". Realmente no se están describiendo los efectos de su conducta, sino imputándole todas las consecuencias del tráfico de estupefacientes: la ruina personal, económica y social de un elevado número de personas, aumento de la delincuencia, enfermedades irreversibles, etc.

Evidentemente, no se trata de quitarles importancia a estos efectos, sino tan solo de mostrar que tal forma de ponderar es, a mi juicio, incorrecta. Tan incorrecta como en el caso del que conduce imprudentemente para llevar a un accidentado al hospital: comparemos las lesiones sufridas por el accidentado y su posible agravación, con las miles de muertes, lesiones graves, secuelas irreversibles, dramas familiares, económicos, el elevado coste público, etc., que acarrea la conducción temeraria en las carreteras españolas.

Qué es lo que ha hecho realmente un correo de la droga. Cuando la droga se esconde en el aparato digestivo, las cantidades suelen oscilar entre 500 y 900 gramos. Imaginemos un sujeto que había ingerido 59 bolas de cocaína, con un peso neto de 632 gramos y una pureza del 68%⁽⁵⁴⁾, lo que correspondería a 429,76 gramos de coca del 100% de pureza, cantidad esta equivalente a la dosis diaria de 286 adictos medios⁽⁵⁵⁾.

(53) Véase por todos Valverde Molina *Vivir con la droga* ob. cit., pp. 28, 29.

(54) Supuesto de hecho de la STS 23-1-1998 (RJ 1998\52).

(55) La aplicación del módulo establecido en el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la Sala Penal del Tribunal Supremo de 19 de octubre del 2001, que utiliza como criterio para la determinación de la notoria importancia en la cocaína el equivalente a 500 dosis de consumo diario de un adicto medio. Trasladando este criterio a la cocaína la cantidad de notoria importancia se fijara en el límite de los 500 gramos que equivaldría al resultado que arroja la multiplicación de las quinientas dosis por 1.5 de consumo diario.

Quizás esta cifra parezca muy elevada, pero tampoco ha de olvidarse, por ejemplo, que un número no desdeñable de personas a las que va a parar la cocaína nunca llegarán a ser adictos, bien porque su consumo es puntual, o bien porque se mantienen en la categoría de consumidores sin pasar a la de adictos

Por tanto, respecto al bien salud individual, cuya importancia es evidente en este tipo de delitos, el riesgo de lesión de dicho bien jurídico que las conductas de los corteos generan es, como mínimo, incierto, conducta, además bastante alejada, en el tiempo y en el entramado del tráfico, del momento del consumo

De esta forma, el significado de la conducta del correo trasciende en cierta medida los eventuales efectos sobre la salud individual de los destinatarios de la droga, pues, para la lesión del controvertido bien jurídico salud pública⁽⁵⁶⁾, es necesaria la concurrencia de muchos comportamientos como los mencionados, que configuran, entre todos, el fenómeno del tráfico. Sin embargo, la indiscutible importancia del problema y su "demonización" no ha de llevarnos a arrojar a la hoguera el principio de culpabilidad, que debería impedir que alguien respondiera penalmente por consecuencias no derivadas de sus actos⁽⁵⁷⁾

Habrá que tratar de concretar las consecuencias de la conducta del correo e imputarle lo que le corresponda en la lesión de ese bien colectivo de la

(56) Para un resumen sobre el estado de la discusión acerca del bien jurídico protegido véase, por ejemplo, García Albero *Comentarios a la parte especial del derecho penal* Dirigidos por Quintero Olivares 2.ª ed. Aranzadi, Pamplona 1999 pp. 991 y ss

(57) "Cada época tiene sus propios demonios y, también, su forma de combatirlos. Y qué duda cabe de que la droga es seguramente el más emblemático de la nuestra. El sistema punitivo es un instrumento de uso —y de abuso— recurrente en esta suerte de lucha y en concreto el segmento destinado específicamente a la represión del narcotráfico se caracteriza por su extremada incisividad y beligerancia lamentablemente dirigidas no solo contra ese fenómeno —global por excelencia— sino, también y de hecho, contra algunos rasgos estructurales y valores garantistas del propio orden punitivo liberal-democrático. Hasta el punto de que en la materia es lícito hablar de todo un código penal paralelo y de emergencia. Esto, sin contar con que, al fin, el mercado ilegal en el que se trataría de incidir con semejante arsenal de medidas y un esfuerzo policial sin precedentes, no parece resultar muy sensible a su impacto. Mientras que, por desgracia, no puede decirse lo mismo de la calidad del derecho y su práctica. Son palabras del magistrado Perfecto Andrés Ibáñez en su voto particular a la STS 24-01-2001 (RJ 2001/459)

salud pública. Efectivamente, ellos son una pieza de un fenómeno de gran magnitud y complejidad, pero no más que una pieza y, además, de importancia muy relativa, pues, por ejemplo, con la comercialización —que, entre otras, no llega a producirse— de las cantidades transportadas por los boleros, no se está en condiciones de ejercer ningún control ni influencia significativa en el mercado de la droga, ni sobre su precio ni sobre su oferta.

Así planteados los términos del mal causado, el resultado de su comparación con situaciones de pobreza deja de ser tan evidente como afirma la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Teniendo en cuenta los múltiples aspectos de las situaciones de pobreza y los derechos que se ven afectados, existirán situaciones acreditadas de auténtica exclusión social —menoscabo de la salud física y psíquica, falta de escolarización de los niños, carencia de vivienda digna, etc.— en las que quizá no pueda afirmarse que el mal que se trataba de solventar sea mayor que el generado por el comportamiento realizado, pero difícilmente se puede argumentar —al menos no sé hacerlo— que el mal evitado sea un mal menor.

La imposibilidad de afirmar este extremo daría lugar a la eximente completa de estado de necesidad. Incluso aquellos capaces de argumentar que los males derivados de la necesidad económica son menores que los generados para evitarlos, tendrían que aplicar la eximente incompleta, porque, como se trató de demostrar, no puede negarse que determinadas situaciones de pobreza constituyan un mal, un mal de relevante entidad⁽⁵⁸⁾.

(58) No parece, en contra de lo propuesto por Córdoba Roda *Las eximentes incompletas*, ob. cit. pp. 195-196 que cuando los males en conflicto sean de diferente naturaleza, automáticamente haya que apreciar la eximente. Según el citado autor, el artículo 20.5 solo exige que el mal causado no sea mayor y si no es susceptible de comparación con el mal evitado no podrá decirse que es mayor que este. A mi juicio, se trata de una solución excesivamente drástica, pues el que los males tengan diferente naturaleza no significa que no pueda intentarse una ponderación, máxime cuando se defiende, como lo hace Córdoba, una configuración amplia del juicio de ponderación. Por su parte, Mir Puig califica la opinión referida de demasiado general. Mir Puig *Derecho penal. Parte general* 6.ª ed. Reppertor Barcelona 2002 p. 461.

Por último, ¿qué sucede cuando, como ocurre en algunos de los supuestos enjuiciados por el Tribunal Supremo, lo que está en juego es la vida? Si la motivación es algo que se echa de menos en la doctrina jurisprudencial sobre el tema, esa falta de motivación se hace muy llamativa cuando, a pesar de que es la vida de un niño la que está en juego, se aplica la exigente incompleta. El Tribunal Supremo no se detiene a argumentar por qué la muerte cierta de un niño por falta de recursos económicos para solventar sus problemas de salud es un mal de menor importancia que los inciertos efectos de transportar 600 gramos de cocaína.

Si bien el Tribunal Supremo en ocasiones acude al criterio de la pena con que el Código Penal sanciona las conductas de tráfico para fundamentar la importancia del bien jurídico salud pública, esta referencia a la pena curiosamente se olvida cuando lo que está en el otro lado de la balanza es un bien tan importante y penalmente tan protegido como la vida. La importante reducción de penalidad de la conducta de los "boleros", operada a raíz del Acuerdo de Pleno de la Sala Segunda de 19 de octubre del 2001 —el mínimo pasa de 9 a 3 años—, no se ha reflejado ni ha tenido consecuencias en la ponderación de los bienes enfrentados, cuando los males que se tratan de evitar son los propios de situaciones graves de pobreza ni cuando lo que está en juego es la vida.

3 3 2 *La discusión dogmática la ponderación de intereses*

La ponderación hasta ahora realizada —que atiende a los daños directamente provocados por la acción y que arroja como resultado que, en determinadas situaciones de pobreza, el mal que el "correo de la coca" trata de evitar no es menor que el que genera su conducta— puede parecer simplista a la vista de la complejidad que ha alcanzado la discusión doctrinal acerca del requisito primero del

*Se entiende que la
ponderación de males
no ha de circunscribirse
a la cuantificación
estrictamente penal
de los bienes
jurídicos.*

estado de necesidad Puede asegurarse, sin miedo a errar, que el estado de necesidad es la eximente más controvertida de las que conoce el Código Penal español, alcanzando la controversia no solo a la conocida polémica sobre su naturaleza jurídica y ubicación sistemática, sino también —y esto evidentemente tiene mayor calado práctico— al contenido y extensión del efecto eximente, si bien el desarrollo de ambas cuestiones está íntimamente relacionado

Obsérvese cómo un ejemplo de apariencia tan poco controvertida como el de quien solo puede salvar la vida matando a alguien⁽⁵⁹⁾ da lugar a soluciones dispares Hay quienes entienden que le es aplicable el artículo 20.5 y que estaríamos ante una causa de justificación⁽⁶⁰⁾, quien también aplica dicho precepto pero afirma que lo que quedaría excluida sería la culpabilidad, en concreto la exigibilidad⁽⁶¹⁾, multiplicándose entonces los problemas y criterios para compaginar el fundamento de la exención —ausencia de imputación personal— con la redacción totalmente objetivada del estado de necesidad Hay incluso quienes crean una nueva categoría sistemática para explicar la exención en estos casos⁽⁶²⁾

(59) Evidentemente este es un supuesto muy genérico que puede dar lugar a muy diversas concreciones y valoraciones Pensemos en el caso del naufragado que para no ahogarse arrebata a otro la tabla que le mantiene a flote

(60) Así, por ejemplo Gimbernat entiende que el estado de necesidad, entre bienes iguales es una causa de justificación aunque sin entrar en la discusión acerca de las circunstancias que han de ser tenidas en cuenta en el juicio de ponderación Gimbernat *E estado de necesidad un problema de antijuridicidad* En *Estudios de derecho penal* 3ª ed Tecnos Madrid 1990 También Roldán Barbero *La naturaleza jurídica* ob cit Luzón Peña *Legítima defensa* ob cit pp 243 y ss Cuerda Riezu *La colisión de deberes* ob cit pp 311 y ss Gómez Benítez *Teoría jurídica del delito* pp 387 y ss Larruri *Justificación material y justificación procedimental en el derecho penal* Tecnos, Madrid 1997 pp 49 y ss entre otros

(61) En este sentido en la doctrina española Saiz Cantero *La exigibilidad de conducta no adecuada a la norma en derecho penal* Universidad de Granada Granada 1965 Cerezo Mir *Curso III/2*, Bustos Ramírez y Hormazabal Malaree *Lecciones de derecho penal VII* Trotta, Valladolid 1999, pp 139 y ss Cuello Contreras *El derecho penal español. Parte general. Nociones introductorias. Teoría del delito* 3ª ed Dykinson Madrid 2002 pp 838 y ss Cantero Caparrós S *Artículo 20.5* En *Comentarios al Código Penal. Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal* Tomo II —artículos 19 a 23— pp 331 y ss Cuerda Arnau *El medio insuperable, su delimitación frente al estado de necesidad* Tirant lo Blanch Valencia 1997 pp 189 y ss entre otros autores

(62) Así, por ejemplo, la teoría de la responsabilidad por el hecho *Tatverantwortung* elaborada por Maurach y seguida en nuestro país por Bacigalupo Zapater y Laureano

También se defiende que el artículo 20 5 establece una causa de justificación y que dicho precepto no ampararía los supuestos de colisión entre bienes jurídicos equivalentes, cuya resolución sería antijurídica, quedando estos casos tan solo exentos en la medida que fueran subsumibles en el miedo insuperable o en alguna eximente supralegal⁽⁶³⁾

En gran medida la doctrina española impulsada por la idea de que la justificación penal, en general, y el estado de necesidad, en particular, solo se explicaría, en virtud del principio de salvaguarda del interés preponderante⁽⁶⁴⁾ —principio por el que, al menos aparentemente, no opta el artículo 20 5 del CP—, un sector, podría afirmarse, mayoritario de esta trata de expulsar el conflicto entre bienes iguales del ámbito de las causas de justificación⁽⁶⁵⁾ Para ello, tropieza con el obstáculo del tenor del artículo 20 5, que prevé el efecto eximente no solo cuando el mal causado es menor, sino también cuando es igual al

(Cont. nota 62)

Copello Según estos autores la "responsabilidad por el hecho" sería una categoría intermedia entre la antijuridicidad y culpabilidad, donde encontrarían su lugar sistemático aquellos supuestos "en los que el Estado renuncia a la aplicación de una pena por "la insuficiencia de la gravedad de la ilicitud para justificar la aplicación de una pena" Bacigalupo E. *Principios de derecho penal. Parte general* 5ª ed., Akal Madrid 1998 También la teoría de las "causas de exclusión del injusto penal" *Stralunrechtsausschliessungsgründe* de Gunter, según la cual algunos supuestos de estado de necesidad no justificarían la conducta pero serían algo más que una causa de exculpación constituyendo una causa de exclusión del injusto penal

(63) Mir Puig DP PG p 447

(64) Para una amplia exposición de dicho principio, véase Carbonell Mateu *La justificación penal. Fundamento, naturaleza y fuentes* Edersa, Madrid 1982 pp 43 y ss En contra de este principio explicativo entre otros Gimbernat Ordeig *El estado de necesidad*, ob cit pp 227 y ss quien entiende que la justificación de una conducta no significa que el derecho la valore de forma positiva sino simplemente que renuncia a motivar su no comisión Extensamente en contra del principio del interés preponderante y de la concepción según la cual las causas de justificación suponen una aprobación del hecho y no una simple autorización Larrauri Pujon *Justificación material* cit pp 74 y ss

(65) Este intento se debe no solo a una pretendida "coherencia dogmática" sino también a finalidades prácticas Por ejemplo negar que este justificada la conducta del médico que sin consentimiento del tercero, le extrae un órgano para salvar la vida de un paciente, con las consecuencias sistemáticas que ello conlleva en temas como la participación delictiva el error posibilidad de defensa por parte del tercero etc Un análisis pormenorizado de las implicaciones sistemáticas de la naturaleza jurídica del estado de necesidad, desde la teoría de la unidad lo encontramos en el artículo de Gimbernat Ordeig *El estado de necesidad. Un problema de antijuridicidad* ob cit.

evitado, configurando la eximente en ambos casos desde parámetros totalmente objetivos

Con este objetivo —negar la justificación en el caso de conflicto entre bienes iguales—, una de las vías actualmente más transitadas es la reinterpretación del primer requisito de la eximente de estado de necesidad que el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar

Se entiende que la ponderación de males no ha de circunscribirse a la cuantificación estrictamente penal de los bienes jurídicos en liza —incluyendo en esta cuantificación si se ha llegado a producir la lesión del bien o solo su puesta en peligro, la forma y gravedad de la lesión y su carácter o no irreparable, etc.⁽⁶⁶⁾—, sino que también han de ser tenidos en cuenta otros principios o criterios jurídicos a extraer del conjunto de nuestro ordenamiento jurídico y, de forma muy destacada, de la Constitución, como podrían ser el derecho a la dignidad, o el principio de autonomía y de solidaridad intersubjetiva. Y más allá de estos últimos, también tendrían cabida en el juicio de ponderación otra serie de intereses o consideraciones que reciben el calificativo de “ético-sociales”^{(67) (68)}

Veamos algunos ejemplos que pueden resultar representativos de esta tendencia general⁽⁶⁹⁾. Por ejemplo, Mir Puig, siguiendo el argumento ya defendido por Córdoba Roda⁽⁷⁰⁾, entiende que “la ponderación entre males no se agota con la comparación entre los bienes jurídicos y afirma que, para que el artículo 20.5 despliegue su efecto eximente, “el mal”

(66) Véase Cerezo Mir *Curso* ob cit p 42 entre otros

(67) La expresión utilizada por Córdoba Roda *Las eximentes incompletas* ob cit p 187

(68) Por supuesto, otra forma de conservar el estado de necesidad para la salvaguarda del interés preponderante sería la ya apuntada de afirmar que la colisión entre bienes desiguales pertenece al ámbito de la exculpación. Esta postura puede mantenerse conjuntamente o no con la apuntada reinterpretación del requisito primero de la eximente

(69) La bibliografía acerca del estado de necesidad es prácticamente inabarcable. En cuenta de ella en este artículo es del todo imposible, por lo que soy consciente de que muchas opiniones doctrinales quedan aquí sin reflejar, sin que ello deba disminuir el interés de sus contenidos

(70) Córdoba Roda *Las eximentes incompletas* ob cit, pp 184 y ss

causado por la acción realizada en estado de necesidad necesariamente deberá ser mayor que la lesión del bien jurídico que supone, pues “el mal” causado al lesionar un bien jurídico penalmente protegido supone no solo el menoscabo de un bien, sino, además, una perturbación del orden jurídico y, que siendo individual, una injerencia anormal en la esfera del lesionado”⁽⁷¹⁾

Con esto, Mir Puig niega expresamente el efecto eximente del estado de necesidad en el caso del que mata a otro para salvar su vida, pues “la privación dolosa de la vida o integridad física de una persona constituye siempre un “mal” mayor que la sola producción naturalística, o su no evitación de una lesión corporal o de la muerte”, aparte de verse afectado, en casos como el propuesto, el valor constitucional de la dignidad humana, “según el cual no es lícito admitir que se instrumentalice al individuo por otros sacrificando derechos fundamentales del mismo”⁽⁷²⁾

Con la “injerencia anormal en la esfera del lesionado” como plus de desvalor a tener en cuenta en la ponderación, Mir alude a las reglas de resolución de situaciones de necesidad propuestas por Baldó, quien parte de la idea de que las causas de justificación que derivan de situaciones de necesidad constituyen “reglas de resolución objetiva de conflictos de intereses otorgando facultades de salvaguarda e imponiendo correlativos deberes de tolerancia”⁽⁷³⁾

Así, cuando el tercero afectado no tiene ningún deber de tolerar el desplazamiento de dicho mal —lo

(71) Mir Puig DP PG, pp 457-458

(72) Mir Puig DP PG, p 459 Esta interpretación permitiría a Mir además afirmar que el artículo 20.5 es una causa de justificación pues sólo exime la resolución de conflictos en los que se salva el bien mayor. En los supuestos de colisión entre bienes jurídicos equivalentes cabría acudir a la eximente de miedo insuperable o a una causa suprallegal de exculpación pero “no bastaría ya la mera composición objetiva de los bienes típicos en conflicto sino que todo dependería de la concurrencia en el sujeto de una situación motivacional suficientemente anormal —no exigibilidad— Mir Puig DP PG p 459

(73) Baldó Lavilla *Estado de necesidad y legítima defensa un estudio sobre las “situaciones de necesidad” de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda* J M Bosch, Barcelona 1994, p 38

que Baldó denomina "estado de necesidad agresivo"— dicho desplazamiento solo estará justificado cuando se salve el interés preponderante, conclusión que se pretende conseguir mediante una aplicación restringida del requisito primero del artículo 20 5 del Código Penal, lo que, a juicio del autor, "ni siquiera representa una restricción teleológica del núcleo conceptual de la eximente"⁽⁷⁴⁾ Por el contrario, cuando el tercero afectado sí tiene un deber de tolerar el desplazamiento del riesgo, se aplicará en toda su extensión el requisito primero del estado de necesidad, es decir, se considerará justificada la causación de un mal de entidad equivalente al evitado

Molina Fernández parece también adoptar las ideas rectoras de la existencia o no de un deber de tolerancia y de la importancia cuantitativa de los bienes, que él denomina "criterios de distribución justa", que "no es algo esencialmente distinto de la protección cuantitativa de bienes, sino más bien una protección en la que también se tienen en cuenta bienes referidos a la autonomía individual que deben ponderarse junto a otros que atienden al mayor bienestar general"⁽⁷⁵⁾

La ponderación de males sería también para este autor una ponderación de intereses, en la que se atiende "al valor absoluto y relativo de todos los bienes jurídicos afectados, al grado de peligro que los amenace, a los efectos directos e indirectos que pueda tener el hecho a largo plazo en la estructura social, a los eventuales deberes especiales de sacrificio que puedan existir —que no son más que la plasmación positiva de otros intereses en juego—, etc"⁽⁷⁶⁾.

Igualmente, adoptando la idea rectora de la existencia o no de un deber de tolerancia por parte del tercero, Silva Sánchez entiende que cuando en el

(74) Baldo Lavilla ob cit, p 173

(75) Molina Fernández *Presupuestos de la responsabilidad jurídica — análisis de la relación entre libertad y responsabilidad*— En ADPCP 2000, pp 169 y ss. 199

(76) Molina Fernández *El estado de necesidad como ley general. Aproximación a la teoría de causas de justificación* En Revista de Derecho Penal y Criminología, mayo 2000, n.º 1 extraordinario Ed. Universidad Nacional de Educación a Distancia, Madrid pp 199 y ss., pp 221-222

tercero no recae un deber de tolerancia, la salvaguarda de un bien mayor —mas no relevantemente mayor— al igual que los casos en los que se lesiona un mal igual, no podrían considerarse causas de justificación

Podría acudirse a la exculpación que, a juicio de Silva, operaría cuando razones consecuencialistas o de utilidad social así lo aconsejaran, criterios estos que el autor citado no llega a concretar. Tanto el estado de necesidad justificante como el exculpante estarían consagrados en el artículo 205 del Código Penal y, para salvar el tenor literal de dicho precepto que exime de pena cuando los males causados son equivalentes, introduciría en el concepto de mal las consecuencias o la “disutilidad” social que se estimara podría acarrear la exculpación de dicha conducta, tales efectos computarían a la hora de realizar la ponderación⁽⁷⁷⁾

Los autores citados son tan solo una muestra de la actual situación doctrinal acerca de la ponderación de intereses que subyace al estado de necesidad. Obviamente, no podemos en este lugar entrar de lleno en la discusión doctrinal, por lo que me limitaré a apuntar brevemente algunos aspectos de la misma

a) Como ha podido observarse, por la vía de la normativización del concepto de mal, la ponderación entre males enfrentados se convierte en una ponderación de los intereses en juego. Si no fuera porque esta tendencia es seguida por autores de las más diferentes alineaciones, podría ponerse como ejemplo de la corriente metodológica, probablemente mayoritaria en la actualidad, que pretende caracterizarse por ser una dogmática orientada a las consecuencias y a la política criminal, lo que se persigue mediante una configuración de las categorías penales en consideración a esas consecuencias y también, precisamente, mediante una normativización de los términos empleados por la norma⁽⁷⁸⁾

(77) Silva Sánchez *Sobre las actuaciones* ob cit p 184. Este artículo contiene una pormenorizada e ilustrativa exposición de los diversos intentos y sus dificultades de fundamentar el estado de necesidad exculpante.

(78) Sobre la dogmática orientada a las consecuencias y a la política criminal versa la magnífica tesis doctoral recientemente leída *Derecho penal orientado a las consecuencias y ciencias sociales: el análisis económico de la política criminal*

En cualquier caso, utilizando este expediente hermenéutico, el concepto de mal cada vez se aleja más de su "núcleo duro", consistente en la lesión del objeto material del delito —ámbito también valorativo—, convirtiéndose el conflicto entre males en un conflicto entre intereses enfrentados

Sin embargo, esta ampliación del concepto de mal, a mi juicio, no logra solventar los múltiples problemas que plantea el artículo 20 5 del Código Penal para quienes mantienen que solo puede resultar justificada la salvaguarda del interés preponderante. Por ejemplo, recordemos que para Mir Puig el citado artículo era siempre una causa de justificación. Su interpretación amplia de "mal", que abarca otros valores e intereses aparte de los bienes jurídicos enfrentados, le permite afirmar que "el 'mal' causado por la acción realizada en estado de necesidad necesariamente deberá ser mayor que la lesión del bien típico que supone"⁽⁷⁹⁾, por lo que solo podría resultar justificada la salvaguarda de un bien jurídico de mayor entidad que el lesionado

Esta ampliación del concepto de "mal" —igual a interés— le permitiría afirmar que no está justificada la salvaguarda de un bien jurídico de igual entidad que el lesionado. Sin embargo, a la vista del tenor literal del artículo 20 5, no podría negarse la justificación de la conducta que, teniendo en cuenta otros valores en colisión, lesiona intereses jurídicos de valor equivalente a los que salvaguarda. En resumen, la interpretación defendida por Mir no parece compatible con el principio del interés preponderante como fundamento del estado de necesidad justificante⁽⁸⁰⁾. Si lo consagrado en la norma es siempre una causa de justificación, y conflicto de males ha de entenderse como conflicto de intereses

(Cont. nota 78)

de Ortiz de Urbina Gimeno en la cual se destaca entre otras conclusiones que, en realidad, nunca ha existido una dogmática "ciega" que pueda mostrarse como antagonista de la actual tendencia teleológica-funcional, no suponiendo esta por lo tanto un auténtico cambio de paradigma.

(79) Mir Puig DP PG pp 457-458

(80) Mir Puig DP PG pp 171 y 412

enfrentados, por imperativo del mismo artículo resultaría siempre justificada la lesión de un interés equivalente al que se salva

El principio del interés preponderante, como esencia de la justificación penal, es defendido, entre otros, por Molina Fernández, quien considera consagrado dicho principio en el estado de necesidad, mas no aclara cuál sería la explicación de la exención que, por mandato del propio artículo 20 5, también procedería cuando el sujeto causa un mal igual al que intenta evitar, equivalencia de males que, según dicho autor, significaría equivalencia de los diversos intereses en conflicto, es decir, exención que procedería cuando los intereses dañados son equivalentes a los intereses que se salvaguardan

El lugar sistemático y el fundamento de esta exención habrá que buscarlo bien en la culpabilidad, con la entrada en escena de intereses de otra naturaleza en la ponderación de males —lo que resulta difícil, vista la amplitud de la ponderación justificante propuesta por Fernando Molina—, o bien quizá deberá cuestionarse el principio del interés preponderante

b) Uno de los criterios que más predicamento ha obtenido en esta nueva concepción de la ponderación de males es el principio de la existencia o no de un deber de tolerancia por parte del tercero. No podemos ahora dilucidar la corrección de este principio ni de sus reglas aplicativas, como tampoco explorar con detenimiento la posibilidad de trasladar la existencia de un deber de solidaridad a la alternativa pobreza-tráfico de drogas

Esta idea rectora ha sido diseñada para la resolución de conflictos entre bienes individuales⁽⁸¹⁾, mientras que, los delitos contra la salud pública parecen poseer una dimensión social, en el sentido

*Nada puede oponerse,
en principio,
a la interpretación
creadora ni a la
normativización
de conceptos, excepto la
necesidad de concretar*

(81) Baldó Lavilla *Estado de necesidad* ob cit p 17

de afectar a intereses colectivos, que trascienden el interés por la salud individual. Esto podría conducir a la pregunta acerca de si la sociedad, como sujeto pasivo del delito, tendría en cierta medida un deber de tolerar el daño que le causan algunos de aquellos miembros incapaces de escapar por medios lícitos de una mísera existencia. Desde luego, en estos casos, la idea del contrato social como justificación teórica del *ius puniendi* no resulta demasiado convincente.

Se afirma que “si el Estado debe asegurarle sus bienes jurídicos al ciudadano, a la inversa, cada miembro de la sociedad tiene que hacer por su parte todo lo que sea necesario para que se cumpla esa tarea común, [] tiene que cargar con la pena necesaria para el mantenimiento de dicho ordenamiento, igual que, por ejemplo, tiene que soportar el deber del pago de impuestos, sin que por ello se lesione su dignidad humana”⁽⁸²⁾

¿Cómo se justifica desde esta perspectiva el ejercicio del derecho a castigar por incumplimiento de lo pactado cuando el Estado ha sido el primero en incumplir su parte del acuerdo?, ¿puede el necesitado trasladar el mal sobre la sociedad y tiene esta el deber de tolerarlo, cuando es la sociedad, en cierta medida, responsable de la exclusión social? Para abordar esta cuestión con un mínimo de profundidad necesitaríamos el auxilio de la filosofía política y moral y un espacio del que aquí no disponemos. Baste, pues, con su planteamiento

c) De la actual discusión sobre el primer requisito del artículo 20.5 del Código Penal, llama la atención la amalgama de perspectivas e intereses que pasan a conformar la ponderación de males, muchos de los cuales, como la “perturbación del orden existente” o “alteración de la paz pública” que conllevaría la acción en estado de necesidad, o la referencia genérica a valores “ético-sociales”, obviamente están necesitados de concreción y también de un mayor debate⁽⁸³⁾

(82) Roxin, C. *Sentido y límites de la pena estatal*. En *Problemas básicos del derecho penal*. Traducción por Luzon Peña Reus. Madrid 1976 pp. 11 y ss. p. 26.

(83) Expresiones utilizadas por ejemplo por Córdoba Roda. *Eximentes incompletas*. cit. p. 187. Por ejemplo así se pronuncia Bernal del Castillo. En muchas ocasiones serán precisamente consideraciones de tipo social las que contribuyan

Se afirma, por ejemplo, que el mal causado en estado de necesidad, además de la lesión del objeto material y del bien jurídico que este representa, supone una “perturbación del orden jurídico”⁽⁸⁴⁾ ¿Qué significa realmente este daño añadido? Nótese que este es un juicio que precede al de la antijuridicidad de la conducta, puesto que se hace valer precisamente a la hora de decidir si concurre o no una causa de justificación, dificultando su apreciación. Esa “perturbación del orden jurídico” devendría de la simple constatación de que la conducta es subsumible en la redacción de algún tipo penal, es decir, devendría de su tipicidad.

Tampoco podemos ahora entrar en el debate acerca del contenido de la tipicidad, ni en el de sus relaciones con las causas de justificación. Sin embargo, parece que de la afirmación de la tipicidad no debería derivarse un juicio tan negativo que dificulte la apreciación del estado de necesidad, máxime para aquellos que entienden que una conducta justificada es una conducta que el derecho no sólo autoriza, sino que incluso aprueba⁽⁸⁵⁾, a pesar de su tipicidad.

Como apunta Cerezo Mir, resulta objetable que en la ponderación se incluya la perturbación del orden jurídico, “pues esta estará condicionada en su existencia y medida por el resultado de la ponderación de intereses”⁽⁸⁶⁾, es decir, cabría preguntarse si, al introducir las mencionadas consideraciones en el juicio de ponderación, no estaremos presuponiendo

(Cont. nota 83)

a determinar el interés preponderante en ese caso particular por ejemplo cuando los intereses en conflicto sean bienes imponderables con arreglo a criterios jurídicos o cuando no haya podido determinarse racionalmente la primacía de un interés sobre el otro” Bernal del Castillo *Algunas reflexiones sobre el principio de ponderación de intereses en el estado de necesidad*. En *El Nuevo Derecho Penal Español Estudios Penales en Memoria del Profesor Jose Manuel Valle Muñiz* Quintero Olivares y Morales Prats coordinadores, Aranzadi 2001 pp 81 y ss p 98 admitiendo expresamente la inseguridad a la que conduce este tipo de consideraciones.

(84) Mir Puig DP PG, p 457

(85) Sobre el fundamento de la justificación penal, véase por todos Carbonell Mateu *La justificación penal*. También Larrauri Piñón *Justificación material* ob cit pp 74 y ss

(86) Cerezo Mir *Curso* ob cit, I III p 33

la antijuridicidad de la conducta cuando en realidad deberíamos proceder a su examen

d) Entre los numerosos intereses que aparecen en la ponderación de males, despuntan de forma muy destacada las consideraciones preventivo-generales. Parte de la doctrina, de forma más o menos explícita, introduce en dicha ponderación las consecuencias preventivo-generales de la exención⁽⁸⁷⁾. Por lo que a la jurisprudencia respecta, como tuvimos ocasión de comprobar, estas consideraciones constituyen un argumento de peso para fundamentar la no aplicación de la eximente de estado de necesidad, ni siquiera incompleta, a los "correos de la coca"

Se trata en realidad de la razón determinante y explicativa del carácter restrictivo de esta jurisprudencia: el miedo a que tales conductas se incrementen. Recordemos que en las resoluciones del Tribunal Supremo acerca de los "correos" es frecuente encontrar afirmaciones como la siguiente: "La legitimación, total o parcial, de la conducta enjuiciada supondría la generalización de una manifiesta impunidad con imprevisibles consecuencias [y] supondría abrir una puerta muy peligrosa a favor de la impunidad o semi-impunidad de los que realizan estas detestables acciones"⁽⁸⁸⁾.

No resulta fácil rebatir el "efecto llamada" que, en el caso de los "correos de la coca", podría conllevar la

(87) A estas consecuencias parece referirse Córdoba cuando afirma que "ha sido añadida esta consideración —el trastorno del orden existente que conlleva la actuación de necesidad— la que ha llevado a restringir la aplicación de la eximente por ejemplo a negar la admisibilidad de la presente circunstancia, cuando la necesidad de atender a un amplio sector de la población" *Eximentes incompletas* ob cit., p. 167. Claramente Bernal del Castillo. Este autor introduce en el juicio de ponderación lo que él denomina impacto social de los intereses en conflicto que puede llevar a un juicio a primar los intereses sociales sobre los particulares como ocurre en el tráfico de drogas" Bernal del Castillo *Algunas reflexiones* ob cit p. 99. Aunque en forma menos explícita, Molina Fernández también parece dar cabida a las consideraciones preventivas cuando afirma la necesidad de atender en el juicio de ponderación a los efectos directos e indirectos que pueda tener el hecho a largo plazo en la estructura social" (*El estado de necesidad* ob cit pp. 221, 222).

(88) Véase nota 11. Por supuesto la conversión de la ponderación de bienes en la ponderación de intereses no es exclusiva de la discusión dogmática. También en la jurisprudencia se observa esta transformación aunque normalmente huérfana de una explícita justificación. Sobre la introducción de otros intereses en la ponderación véase Horacio Barbero *Estado de necesidad y colisión de intereses* En *Revista de Política Criminal* n.º 20 1983 pp. 469 y ss. pp. 517 y ss.

exención Partiendo de la aceptación del efecto inhibitor de la amenaza penal, la ausencia de sanción, por aplicación del estado de necesidad, es de suponer que incrementaría la comisión de dichas conductas, sobre todo teniendo en cuenta la situación de necesidad que las impulsa. A ello se une que las situaciones de pobreza que podrían recabar la aplicación de la eximente, completa o incompleta, aun exigiendo su gravedad, no son en absoluto excepcionales, sino que afectan a una generalidad de personas. No puede negarse que el tercer y cuarto mundo están llenos de pobres⁽⁸⁹⁾

No obstante, hay que cuestionarse la corrección de introducir en el juicio de ponderación de males estas consideraciones preventivo-generales, lo que evidentemente conlleva una reducción del ámbito de aplicación de la eximente de estado de necesidad. Su introducción es, a mi juicio, incorrecta pues incorrecto es computar como mal el previsible incremento de tales conductas, de conductas de tráfico, en el caso de los "correos"

Efectivamente, hoy ya nadie cree que sea posible la aplicación del derecho mediante un aséptico

(89) Por esto precisamente no se entiende si no es por la búsqueda de una vía inmediata para descongestionar las cárceles —piénsese en los posibles efectos retroactivos no regulados expresamente— la última reforma del artículo 89 del Código Penal Ley Orgánica 11 del 2003 de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana: violencia doméstica e integración social de los extranjeros que modifica dicho precepto que ahora establece que "las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español salvo que el juez o tribunal previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España

Sin embargo, de la aplicación indiscriminada de esta norma podría derivarse la merma del efecto preventivo de las prohibiciones que amenazan con una pena inferior a 6 años. En muchos casos la expulsión puede suponer un auténtico drama para el extranjero con lo que la sustitución no tiene por que mermar el temor a la sanción. Sin embargo en otros casos como por ejemplo el de los "correos", la expulsión puede conllevar la merma preventiva del artículo 368 del Código Penal. Cuando el correo pretenda salir de la pobreza o le que cualquier otro objetivo no tendrá nada que perder con el transporte de droga, pues la expulsión a su país no significa el cumplimiento de pena alguna sino tan solo la prohibición de regresar a España en un plazo de tres a diez años. Es previsible por ello que muchos órganos judiciales hagan uso en estos casos de la excepción a la sustitución, que el propio artículo 89 prevé. Para ello, tendrán que sortear la dicción de dicho precepto, que establece esta excepción en atención a la "naturaleza del delito", derivándose en la mayoría de los casos las referidas consecuencias de la expulsión no tanto de la naturaleza del delito como de las circunstancias que rodean su comisión.

proceso de subsunción llevado a cabo utilizando siglismos formales y neutros. Las normas frecuentemente utilizan términos generales, conceptos jurídicos indeterminados, incurrir en lagunas, etc., por lo que la interpretación y aplicación de la norma es, al mismo tiempo, una labor creadora del derecho, donde indiscutiblemente van a introducirse valores como guía interpretativa o como criterio para decidir qué interpretación elegir entre varias posibles.

Nada puede oponerse, en principio, a la interpretación creadora ni a la normativización de conceptos, excepto la necesidad de concretar, de justificar y, obviamente, la necesidad de unos límites que impidan que la letra de la ley se convierta, sin más, en la voluntad del intérprete. Uno de estos límites que, por mandato del principio de legalidad, ha de seguir respetándose en esa orientación del derecho penal, es el del tenor literal del precepto.

Por ejemplo, la introducción de la existencia no de un deber de tolerancia o de solidaridad por parte del tercero a la hora de calibrar el mal que genera la conducta me parece que no desborda ese límite infranqueable. Con independencia de su corrección material, su introducción en el juicio de ponderación respeta, a mi juicio, la dicción del artículo 20.5 del Código Penal, por lo que no existe ningún obstáculo para que, en la ponderación entre males, a la lesión del bien jurídico-penal se pueda sumar la lesión que se causa en la esfera de autonomía de la víctima. Digamos que tal interpretación del mal respeta el núcleo conceptual del requisito primero. Sin embargo, no sucede lo mismo con las consideraciones preventivo-generales mencionadas. Veamos por qué.

Al ponderar los males enfrentados se computan las referidas consideraciones preventivo-generales⁽⁹⁰⁾,

(90) Aunque sin discriminar entre los diferentes intereses que se introducen en la ponderación se expresa Bacigalupo: "Los esfuerzos interpretativos de la doctrina tendidos a reducir el ámbito del texto actual del artículo 20.5 del Código Penal por una parte tienen las mismas dificultades que ya han sido analizadas en relación a la legítima defensa, pues implican reducciones teleológicas de la amplitud del bien de una causa de justificación cuya compatibilidad con la exigencia de la *lex prohibita*—prohibición de la analogía— ofrece serias dudas" Bacigalupo E. *Principios*

de 44, p. 271

se produce un salto cualitativo lesivo del principio de legalidad. Podrá defenderse un concepto más o menos amplio o normativizado del mal, pero lo que siempre habrá de compararse, por imperativo del artículo 20.5 del Código Penal⁽⁹¹⁾, los males que se tratan de evitar y los males generados por la conducta.

La posible merma preventivo-general de la aplicación de la eximente a situaciones extendidas no es un efecto generado por la acción del necesitado, sino por la aplicación de una eximente prevista en el Código Penal. Es decir, de la conducta del bolero puede derivarse una merma de la salud pública y de la salud individual, pero no una merma de la eficacia preventiva de la norma que prohíbe traficar. Esta sería, en todo caso, consecuencia de la aplicación de una eximente prevista por el legislador, que opta por no castigar al necesitado cuando el mal causado no es mayor que el que se trata de evitar y rebajarle la pena cuando para evitar un mal grave, propio o ajeno, causa un mal de mayor entidad⁽⁹²⁾.

4. ¿Pena justa o pena "útil"?

Por las razones expuestas creo que no cabe introducir en la ponderación de males el posible incremento de las conductas típicas como consecuencia de la aplicación de la eximente. Tales consideraciones preventivo-generales quedarían desterradas de la interpretación teleológica de la eximente de estado de

(91) Podría contraargumentarse que el artículo 20.5, en su requisito primero no habla del mal causado por el necesitado sino tan solo de que "el mal causado no sea mayor que el que se trata de evitar". Creo sin embargo que de la dición del precepto en su conjunto ha de extraerse que el mal a comparar es el causado por el sujeto necesitado pues este aparece como sujeto de la descripción del estado de necesidad y también de los otros dos requisitos para la aplicación completa de la exención.

(92) Aunque se admitiera que la importancia del interés que se quería salvaguardar no compensa el daño generado como indicaba Valle Muñoz quedara por fundamental la inaplicación de la eximente incompleta. "Sin embargo la mayor parte de la doctrina explícita o implícitamente, niega tal posibilidad. Por un lado los que entienden que la naturaleza esencial del requisito fundamenta su posición y erran al no detectar una considerable disminución del injusto verdadera *ratio* de la eximente incompleta en sede de justificación. Por otro lado, también se equivocan a mi juicio, aquellos que aun reconociendo la disminución del desvalor del injusto no traducen sus efectos en el ámbito de la antijuridicidad". Valle Muñoz. *Fundamento alcance y función de las causas de justificación incompletas en el Código Penal español*. En ADPCP 1992 II, pp. 594, 595.

necesidad al ámbito de las consideraciones de *lege ferenda*

Una vez situados en el terreno del “deber ser”, quisiera terminar planteando una pregunta esencial ¿cómo debería reaccionar el derecho penal frente al problema de la pobreza y la exclusión social? No debería resultar difícil aceptar que el más elemental sentido de equidad se opone a que la persona que delinque por pura codicia obtenga idéntica respuesta penal a la que lo hace para escapar de la miseria. Cada época tiene su discurso ideológico acerca de la pobreza⁽⁹³⁾. Creo que el actual es, además de la potenciación del miedo apelando a su efecto desestabilizador, la culpabilización de quien la padece

En una sociedad como la española, en la que el consumo no solo es el pilar de la economía, sino que también inspira la escala de valores que nos guían, es fácil percibir como inferior al pobre, y considerar un fracasado a quien no puede adquirir los bienes de consumo que compran la felicidad. En una sociedad que proclama la igualdad de oportunidades, cada uno tendría lo que se merece, sin embargo, cada vez resulta más difícil ocultar que la condición de marginal, de excluido social que genera la pobreza es, en general, un proceso objetivo, es decir, “se da con independencia de las características subjetivas y de las situaciones de los afectados de una u otra manera por dicho proceso. De otra parte, la raíz generadora de la marginación social colectiva es ajena a la voluntad de los sujetos”⁽⁹⁴⁾

En la actual legitimación ideológica de la pobreza tampoco se afea el hecho de que, debido a la circularidad de sus conexiones y efectos, la pobreza es una situación de la que resulta muy difícil salir, pudiéndose hablar, en muchos casos, de su transmisión hereditaria o generacional. Se silencia también que el dinero no solo es imprescindible para adquirir un coche,

(93) Los interesantes recorridos históricos por los discursos legitimadores de la pobreza ofrecen Antonio Morell *La legitimación social de la pobreza* Anthropos, Barcelona 2002 y Anton Mellon *Teoría política y social la beneficencia como exclusión social* En Sistema Penal y Problemas Sociales coordinador Roberto Bergalli y José Blanch Valencia 2003 pp 138 y ss

(94) López Hernández *Condición marginal* ob cit p 32

sino también, en el tercer mundo y en el cuarto, para acceder a bienes que todos consideramos básicos, como pueden ser la vivienda, la educación o la salud, sin los cuales el pobre no tendrá ninguna posibilidad de saltar el muro, cada vez más alto, de la exclusión social. No creo que sea necesario insistir en que la idea de justicia exige que el *ius puniendi* adecue su respuesta a estas situaciones.

Ahora bien, ¿qué opinamos cuando el tratamiento equitativo puede suponer una merma de la prevención general? ¿Pena "útil" o pena justa? ¿Cómo salen libradas las exigencias de justicia cuando sentimos que pueden hacer tambalear el tremendamente injusto sistema social?