

ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE, CLÁUSULA DE ADECUACIÓN Y NECESIDADES VINCULADAS A LA EXCLUSIÓN SOCIAL*

Marcelo D. Lerman**

Resumen: En este artículo se abordan problemáticas de un instituto de la parte general del derecho penal, el *estado de necesidad justificante agresivo*, prestando especial atención a los casos de estado de necesidad que podrían derivarse de una situación de exclusión social. Así, teniendo en consideración que los ordenamientos jurídicos suelen regular el modo en que deben canalizarse ciertas necesidades a través de determinadas vías institucionales y que ello puede hacer que el estado de necesidad justificante quede excluido

* Este texto refleja el contenido de una ponencia realizada en el marco de la 45.^a edición Jornadas Internacionales de Derecho Penal, realizadas en agosto de 2023 en la Universidad Externado de Colombia, en las que el tema central fue “Legitimidad del derecho penal en la sociedad moderna”. Agradezco a los profesores Yesid Reyes Alvarado, Luisa Caldas Botero y Hernán Orozco López por la invitación a participar en aquellas jornadas. Fecha de recepción: 6 de diciembre de 2023. Fecha de aceptación: 7 de marzo de 2024. Para citar el artículo: Lerman, Marcelo D., “Estado de necesidad justificante, cláusula de adecuación y necesidades vinculadas a la exclusión social”, *Revista Derecho Penal y Criminología*, vol. 45, n.º 119 (julio-diciembre de 2024), pp. 15-27.
doi: <https://doi.org/10.18601/01210483.v45n119.02>

** Profesor adjunto interino, Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor de la Universidad de San Andrés (Argentina). Doctor de la Universidad de Buenos Aires (área de derecho penal). *Magister Legum*, Universität Regensburg (Alemania). Director del proyecto UBACYT 20020190100143BA. ORCID: 0009-0000-7701-6391. Correo electrónico: lermanmarcelo@hotmail.com.

cuando se presentan necesidades de esa clase, en el texto se analiza la cuestión de qué es lo que ocurre cuando esas vías institucionales no resultan eficaces para solucionar la necesidad en cuestión.

Palabras clave: estado de necesidad justificante, exclusión social, cláusula de adecuación, vías institucionales.

NECESSITY DEFENSE, ADEQUACY CLAUSE AND NEEDS RELATED TO SOCIAL EXCLUSION

This paper addresses some problematic issues of an institute from the general part of the criminal law, the necessity defense (in its aggressive version), paying special attention to those cases that could arise from a situation of social exclusion. Thus, taking into consideration that legal systems usually regulate the way in which certain needs must be addressed through institutional ways and that this can lead to the exclusion of the necessity defense when such needs generate, the text analyzes the question of what happens when these institutional ways are not effective in solving the need in question.

Keywords: necessity defense, social exclusion, adequacy clause, institutional ways.

INTRODUCCIÓN: LA CUESTIÓN QUE SE ANALIZA

En el marco de este panel dedicado al derecho penal y la exclusión social, voy a abordar una problemática puntual de un instituto de la parte general del derecho penal: el *estado de necesidad justificante agresivo*. Este instituto se vincula con la cuestión de la realización de una acción típica ante situaciones de necesidad de diferente índole, entre las cuales pueden estar las específicamente relacionadas con el tema que hoy nos ocupa. Así, si se dan los (estrictos) requisitos del estado de necesidad justificante, quien realiza una conducta típica en virtud de encontrarse en una situación de necesidad, en la que una amenaza se cierne sobre sus bienes, no actúa de modo antijurídico. Y esas necesidades podrían derivarse de una situación de exclusión social (como la falta de comida, medicamentos, refugio), por lo cual la cuestión resulta pertinente respecto del tema a tratar.

Ahora bien, los ordenamientos jurídicos suelen regular el modo en que deben canalizarse ciertas necesidades a través de determinadas vías institucionales y ello se da también para algunas situaciones de necesidad asociadas con la exclusión social. La regulación por parte del legislador de vías institucionales para atender a ciertas situaciones de necesidad, puede ser vista como una manera de distribuir recursos escasos, y asignar los deberes de tolerar y los riesgos que esas necesidades conlleven. Por ello, como se verá, algunas posiciones teóricas dan buenas razones para

sostener que la existencia de tales regulaciones, en principio, torna inoperativo el instituto del estado de necesidad en las circunstancias descritas. Ello, en tanto se comprende que, si se encuentra legislativamente regulado un determinado modo de atender a una necesidad en particular, entonces no se puede recurrir lícitamente a una acción típica para solucionarla. Así, se entiende que si hay un medio institucional *adecuado* al que se debería recurrir, no puede cargarse a un tercero (el damnificado por la conducta típica) con los costos de la necesidad ajena, al menos no de modo acorde al ordenamiento jurídico.

Como dije, las regulaciones estatales que acabo de mencionar pueden estar vinculadas al modo de canalizar ciertas necesidades relacionadas con la exclusión social, lo que implicaría que, de seguirse esta postura, tales necesidades queden fuera del estado de necesidad justificante.

Por cierto, podrá coincidir en que es parte de nuestra experiencia que no siempre los mecanismos previstos por el Estado para solucionar necesidades vinculadas a la exclusión social resultan efectivos. Por tanto, la cuestión de la que me quiero ocupar es la de si, ante ciertos casos de ineficacia de tales mecanismos, la persona necesitada puede actuar en estado de necesidad justificante o no y, en su caso, ante cuáles.

I. ACLARACIÓN: TEORÍAS MONISTA Y DUALISTA DEL ESTADO DE NECESIDAD Y REGULACIÓN DEL DERECHO POSITIVO

En primer lugar, antes de entrar en la cuestión central a tratar, quería hacer una aclaración relevante sobre el estado de necesidad y su regulación en el derecho positivo. En la doctrina alemana hace ya un siglo se afianzó la idea de una posición dualista sobre el estado de necesidad, la llamada teoría de la diferenciación¹. Así, se distingue entre el estado de necesidad *justificante* y el estado de necesidad *exculpante*. En ambos casos el autor realiza la conducta típica ante una amenaza para ciertos bienes jurídicos². Pero si, además, se dan los requisitos del primero de ellos estamos frente a una causa de justificación, lo cual implica que el autor realiza una conducta conforme al ordenamiento jurídico.

Explicado sintéticamente y conforme con las concepciones dominantes, el más importante de esos requisitos radica en que el autor actuó sacrificando un interés esencialmente menor que el que pretendía salvar. Así, si se supera esa ponderación de intereses que lleva a una diferencia esencial entre lo sacrificado y lo salvado, a

1 Cf. Schönke/Schröder/Perron (2019), § 35, nm. 1; Zieschang (2020), § 45 nm. 35. Véase también, sobre el desarrollo histórico Roxin/Greco (2020), §16, nm. 1.

2 En principio, bienes jurídicos propios, pero por supuesto que cuando se trata de bienes ajenos entra en consideración el instituto de la ayuda de necesidad, justificante y exculpante, cuestión que presenta problemas autónomos.

pesar de que el autor realice una conducta típica, no será ilícita; y por estar actuando conforme a derecho, el autor puede recibir lícitamente ayuda para llevar adelante su comportamiento y la víctima de la injerencia tiene el deber de tolerar la intervención. En cambio, el estado de necesidad exculpante supone, en la concepción habitual, que el autor ha obrado contra el ordenamiento jurídico, que ha realizado un ilícito, pero que, no obstante ello, las particulares circunstancias que dieron contexto a su acción —en el que existía un peligro grave para bienes de extrema importancia que se concretaría si no la llevaba adelante—, hacen que su comportamiento deba ser disculpado.

En Colombia el derecho positivo históricamente reguló de manera unitaria el instituto del estado de necesidad con distintas fórmulas³. La regulación positiva alemana del estado de necesidad distingue de manera expresa entre el estado de necesidad justificante (§34, StGB) y exculpante (§35, StGB).

Más allá de estas diferencias, lo cierto es que aquí me quiero ocupar de supuestos que, desde el punto de vista de la ponderación de intereses en juego, claramente serían considerados como de estado de necesidad justificante para una posición diferenciadora. Es decir, supuestos en los que hay una diferencia esencial entre el interés sacrificado y el salvado, en los que el interés sacrificado es marcadamente menor. Para una posición monista, al menos una que unifica hacia la justificación, como fue defendida aquí en Colombia por Reyes Echandía⁴, se trataría, de todos modos, de supuestos de estado de necesidad que justifican.

En definitiva, esta aclaración sirve a los efectos de señalar que aquí están en cuestión supuestos de hecho que inequívocamente serían analizados como problemas de justificación.

II. VÍAS INSTITUCIONALIZADAS DE CANALIZACIÓN DE NECESIDADES Y CLÁUSULA DE ADECUACIÓN

A. Límites al estado de necesidad por existencia de vías institucionales para atender necesidades

Para comenzar a analizar el tema corresponde advertir que el estado de necesidad justificante agresivo tiene como característica esencial la siguiente: se trata de una causa de justificación por la cual se autoriza a una persona a solucionar una necesidad valiéndose de los bienes de otra que no tiene responsabilidad por tal situación de

3 Sobre esta cuestión, en relación con la postura que sobre el tema tenía Reyes Echandía, véase Lerman/Días (2022), pp. 530/2. Reyes Echandía adopta una teoría monista por motivos sustanciales. En el texto citado se analiza la relevancia actual de su argumentación.

4 Reyes Echandía (1997), p. 71; y Reyes Echandía (1987), p. 161.

necesidad. Y esta última persona es obligada a tolerar tal acción (típica) del autor⁵. Tal obligación de tolerar requiere de una fundamentación que, habitualmente, se asocia con un deber de solidaridad (obligatoria) mínima.

De modo relativamente reciente, Pawlik desarrolló una postura crítica de un deber de tolerar de esa clase (una crítica respecto de fundamentar el estado de necesidad en la idea de solidaridad entre pares, entre ciudadanos)⁶. Así, sostiene que el responsable primario en estos casos es el Estado, y sólo en tanto el Estado no pueda socorrer al necesitado por las características fácticas de la situación, es que se les impone a los ciudadanos un deber de tolerar ciertas injerencias realizadas por aquel que actúa en estado de necesidad. El deber de tolerar la injerencia del necesitado es así visto como un deber frente al Estado.

A partir de esta argumentación surge claramente que cuando el legislador prevé un procedimiento específico y efectivo para el manejo de una situación de necesidad, no es aplicable el estado de necesidad justificante agresivo⁷. El establecimiento de un deber de tolerar por parte de un particular sería un mecanismo subsidiario, previsto estatalmente para el caso en que no haya otra opción regulada para atender a esa necesidad.

En mi opinión, tal argumentación resulta convincente: el deber de tolerar la acción de quien recurre al estado de necesidad agresivo debería ceder cuando existe un procedimiento institucional para canalizar la necesidad en cuestión. De lo contrario la previsión de un procedimiento reglado perdería sentido y cada quien podría “saltarse” sus requisitos realizando una acción típica. La regulación de una vía institucional específica sería así vaciada de contenido. La interpretación armónica de tales regulaciones con el estado de necesidad sólo puede consistir en que este último sea visto como subsidiario de aquellas.

Por cierto, entiendo que también una fundamentación del estado de necesidad justificante basado en un principio intersubjetivo de solidaridad debería llegar, en principio, al menos en gran parte de los casos, a la misma conclusión. Pues este deber siempre fue concebido como uno derivado de la “solidaridad mínima”, de manera que no puede ser fundamentado cuando el necesitado tenga una vía regulada para solucionar sus necesidades. Si el necesitado puede recurrir a una vía estatal, entonces la acción contra un tercero no sería necesaria⁸.

5 Sobre el deber de tolerar la acción típica, véase Perdomo Torres (2021).

6 Pawlik (2002), pp. 179 y ss.

7 Pawlik (2002), p. 183.

8 La solución podría ser diferente si el mecanismo estatalmente previsto no le asignara al necesitado el recurso al bien salvador, el cual sí podría ser obtenido por una acción lesiva contra otro ciudadano.

B. Referencia a ese límite del estado de necesidad en el derecho positivo alemán

En el StGB, más allá de la existencia de una amenaza actual y de la superación de la ponderación de intereses, se prevé un requisito adicional para que opere el estado de necesidad justificante por medio de la denominada *cláusula de adecuación*, que indica que, para estar justificada, la conducta debe ser *adecuada* para solucionar la situación de necesidad.

Una interpretación posible de esa *cláusula de adecuación* es, justamente, que esta implica una restricción a la posibilidad de aplicar esta causa de justificación en los casos en los cuales existe un mecanismo estatal que establece cuál es la vía para solucionar la clase de necesidad implicada⁹. En palabras de Jakobs: “Para la justificación no basta un balance positivo de intereses si la solución del conflicto (la eliminación del riesgo) está canalizada por un determinado procedimiento, o incluso está excluida. Entonces cualquier otra solución constituye un medio inadecuado (§34, inciso 2, StGB). La cláusula del medio adecuado garantiza el Estado de derecho en sentido formal frente a la libre optimización de la utilidad mediante la ponderación de intereses”¹⁰.

C. Ausencia de una solución satisfactoria para un caso concreto de necesidad

En línea con ello, si existe una vía regulada para solucionar una cierta necesidad, pero esa vía no brinda una solución satisfactoria para atender a la necesidad del autor, la interpretación habitual de la cláusula de adecuación es que, de todos modos, no podría recurrirse al estado de necesidad justificante. Pues la vía regulada por el Estado sería aquella que establezca cómo deben soportarse los riesgos en cuestión (y quiénes deben hacerlo) cuando los recursos para atender esos riesgos son limitados. En definitiva, de lo que se trata es de una regulación institucional, realizada por el poder legislativo del Estado, que determina cómo se deben repartir bienes escasos ante una cierta necesidad. Por eso, resulta razonable que, si tal determinación existe, el sujeto no esté autorizado a solucionar la afectación de bienes ante una cierta situación de necesidad derivando la amenaza hacia los bienes de otro individuo.

En tal sentido, Frister afirma que la cláusula de adecuación establece una limitación al estado de necesidad justificante, en primer lugar, por “la función de orden de las competencias y procedimientos”, e indica que “En tanto el derecho prevea

En esos casos, para una posición basada en la solidaridad intersubjetiva debería ser decisivo si se trata de un caso en el que sea exigible tolerar el uso del bien por el necesitado.

9 Cf. Frister (2009), p. 351, nm. 17.

10 Jakobs (1997), 13: 36.

determinadas instancias de decisión o procedimientos para tomar medidas contra ciertos peligros, éstas tienen que ser respetadas, aun cuando, en el caso concreto, no hagan posible evitar el peligro”¹¹.

También estas afirmaciones resultan en principio muy razonables, pues justamente, como señalé con anterioridad, las regulaciones de procedimientos específicos para paliar ciertas clases de peligros pueden ser vistas como una manera pautada de distribuir los costos de esos peligros entre los integrantes de la sociedad. Así, una persona no le podría “derivar” el riesgo que se avecina para sus bienes a otra, si en verdad hubiera debido seguir un procedimiento pautado. Si ese procedimiento no le hubiera asignado el bien salvador a él, y por esa (correcta) vía él no habría podido solucionar su necesidad, de todos modos debe soportar él mismo la concreción de ese riesgo. Pues el procedimiento reglado para distribuir soluciones insuficientes para todos los afectados, en definitiva, regula a quién le toca una solución y a quién no. Y en ese caso habría regulado que es él quien debe soportar el riesgo en cuestión.

En síntesis, hasta aquí se ha sostenido que

- (1) si existe una vía estatalmente prevista como adecuada para atender una necesidad debe seguirse esa vía y no se puede recurrir al estado de necesidad justificante;
- (2) si esa vía se revela como insatisfactoria para solucionar la necesidad debe soportarse el peligro, en la medida en que tales regulaciones resultan ser modos preestablecidos de distribuir riesgos.

III. VÍAS INSTITUCIONALES PARA SOLUCIONAR NECESIDADES VINCULADAS A LA EXCLUSIÓN SOCIAL. LA PROBLEMÁTICA QUE CONLLEVAN

Ahora bien, estas afirmaciones rigen para el estado de necesidad en general, por lo cual se aplican también a las necesidades vinculadas a la exclusión social¹².

Las necesidades derivadas de un estado de exclusión social obviamente pueden poner en peligro bienes jurídicos de máxima relevancia para quienes las padecen. También es habitual que se prevean vías institucionales para solucionar esas necesidades cuando estas generen un peligro concreto para bienes esenciales. Pero, lamentablemente,

11 Frister (2009), pp. 351/2, nm. 17.

12 Desde ya que discutir la justificación por estado de necesidad en relación con una conducta típica realizada ante una cierta necesidad vinculada a la exclusión social supone que no estemos ante un supuesto de exclusión social que ponga en crisis la fundamentación misma de la pena estatal. Aquí se está partiendo de la base de que estamos ante casos en los que el derecho penal resulta en principio aplicable y que está en cuestión sólo si la conducta está o no justificada. Para un panorama de la discusión sobre la legitimación de la punición estatal en casos de exclusión social véase Orozco López (2022).

también es común que esas vías se revelen como insatisfactorias de antemano para evitar la concreción de peligros.

Si bien el hecho de que la vía institucional esté regulada de un modo que no pueda brindar una solución a la necesidad concreta no haría resurgir el estado de necesidad justificante agresivo, la cuestión resulta más compleja cuando la ineficacia se debe al modo en que, en la práctica, funciona (o no) la prestación estatal. La deficiencia fáctica del servicio estatal para la solución de necesidades (que pueden ser derivadas de la exclusión social) hace que resurja la pregunta de si puede recurrirse al estado de necesidad justificante.

IV. VÍA INSTITUCIONAL QUE NO FUNCIONA

La pregunta que puede introducir el tema es entonces la siguiente: Cuando existe una vía institucional formalmente prevista para atender a ciertas necesidades vinculadas con la exclusión social, pero en la práctica ésta no funciona, ¿es acaso necesario tolerar la lesión derivada de la situación de necesidad por el mero hecho de que exista un procedimiento regulado?

En este punto es importante realizar una distinción relevante entre dos supuestos:

- (1) El legislador previó una vía para atender determinado grupo de necesidades, pero el caso en cuestión no es atendido por haber recibido un grado de prioridad bajo en el sistema de distribución de recursos limitados establecido.
- (2) El legislador previó una vía para atender determinado grupo de necesidades y el caso en cuestión debiera ser atendido, pero no lo es porque, en la práctica, tal canal institucional no funciona.

En el primer caso, como se vio, se mantendría la restricción al estado de necesidad justificante. En tal sentido, pareciera que se privilegió la atención de determinadas situaciones de necesidad frente a otras, y que el autor no puede cambiar esa decisión. De hacerlo su conducta sería antijurídica¹³.

Distinta es la solución que debería darse al segundo caso. En el libro homenaje al profesor Reyes Echandía, Coca Vila se refirió a la cuestión de la usurpación de

13 La cuestión de si en ciertos casos habría un estado de necesidad exculpante desde luego subsiste. Por supuesto que dependerá de que se den los requisitos de ese instituto, que no está siendo aquí evaluado. Por lo demás, también podría ser diferente la solución del caso si el procedimiento estatal en cuestión no puede ser visto como un modo de distribución de bienes escasos, sino como el establecimiento de meras formalidades para acceder a bienes que sí estarían disponibles para el autor. Una mera formalidad burocrática no puede ser considerada una limitación al estado de necesidad justificante. Por ejemplo, que una petición a la que se tenía derecho haya sido realizada en un formulario con un formato incorrecto no puede ser decisivo.

viviendas desocupadas en casos de necesidad. Tras sostener la primacía de los canales institucionales para atender necesidades, respecto de los supuestos en los que el mecanismo estatalmente previsto no funciona adecuadamente señaló lo siguiente: “Esta primacía del canal institucionalizado vale siempre y cuando el procedimiento funcione adecuadamente, esto es, cuando responda a la voluntad legislativa que lo sustente. Cuando no sea el caso, el apartamiento del canal institucional por parte del particular ya no puede ser visto como un acto de arrogancia cívica y, por ende, podría justificarse en estado de necesidad agresivo”¹⁴. Como supuesto de funcionamiento inadecuado, Coca Vila se refiere centralmente al caso en que los funcionarios infrinjan sus deberes de manera sistemática y obstruyan recurrir a canales secundarios.

Ese es verdaderamente uno de los casos en los cuales el estado de necesidad justificante podría entrar nuevamente en consideración. Pero entiendo que existen otros supuestos. Así, otro ejemplo sería aquel en el cual el sistema estatalmente previsto pueda ser visto como una mera declamación formal, pero no tenga aplicación práctica alguna. Lamentablemente, no es para nosotros difícil pensar que eso pueda ocurrir en procedimientos regulados para canalizar necesidades vinculadas con la exclusión social. Dicho claramente: si el Estado meramente declama que tiene un sistema para atender ciertas necesidades relativas a la exclusión social, pero tal sistema de hecho no funciona (p. ej.: el lugar donde se deberían poder retirar medicamentos en forma gratuita nunca fue puesto en funcionamiento), entonces, la posibilidad de recurrir al estado de necesidad justificante subsiste (desde ya, en la medida en que se den todos sus requisitos).

Por otra parte, uno podría entender que subsiste la posibilidad de recurrir al estado de necesidad justificante agresivo siempre que no sea posible, por motivos de urgencia, recurrir al procedimiento previsto institucionalmente (el cual sí daría una solución satisfactoria para esa necesidad, pero que llegaría tarde en el caso concreto). Véase la siguiente afirmación y el posterior ejemplo de Jakobs:

Las consecuencias de la falta de dinero o de los demás valores utilizables como dinero, en un particular, las regulan la BSGH (Ley federal de asistencia social) y la KO (Ordenanza concursal) [...] el estado de necesidad sólo se tiene en cuenta cuando a la observancia de este procedimiento se oponen obstáculos exteriores. Ejemplo: Habiendo sufrido su hijo un acceso de una enfermedad, y no siendo posible obtener otro auxilio, el padre hurta el medicamento necesario para que el hijo sobreviva; justificación; pero: El padre por escasez de dinero hurta el medicamento que el auxilio social no proporciona; no hay justificación¹⁵.

14 Coca Vila (2022), p. 566.

15 Jakobs (1997), p. 515, nm. 37. En ciertos casos la espera podría ser entendida como parte de los riesgos que soportar. Si ese fuera el caso, no podría recurrirse al estado de necesidad justificante.

En todos esos casos (vía institucional meramente aparente, funcionarios que impiden el funcionamiento efectivo del mecanismo estatal, imposibilidad de seguir el procedimiento debido a la repentina urgencia) no pareciera correcto que se tenga que soportar la insuficiencia de vía estatalmente pautada sin poderse recurrir al estado de necesidad. La exigencia de tolerar una grave desgracia, que podría solucionarse en el momento afectando ínfimamente a un tercero, sólo puede justificarse si la vía estatalmente prevista para atender esas necesidades funciona efectivamente, esto es, que no sea una simulación, que no sea impedida por los mismos funcionarios estatales que deben aplicarla y que no sea ineficaz por el hecho de que el reconocimiento del derecho que prevé llegaría en forma tardía por la misma demora que el procedimiento implica. Por ello, en tales casos sí entra en consideración el estado de necesidad justificante.

Esto, por cierto, no es una cuestión particular de las necesidades vinculadas a la exclusión social, sino que resultaría ser genérica: siempre que la vía regulada como adecuada sea, por decirlo de cierta manera, una mera ficción, subsistiría la posibilidad de recurrir al estado de necesidad justificante. Sin embargo, deben establecerse límites a esa conclusión.

V. LÍMITES

A. Carácter esencial del defecto en la vía institucional

En efecto, no cualquier deficiencia en el procedimiento institucionalmente pautado para atender una necesidad haría renacer la posibilidad de recurrir al estado de necesidad justificante. En primer lugar, para establecer una excepción a la exclusión de la adecuación del medio por existencia de una vía institucional adecuada, el defecto de organización de tal vía institucional debería ser esencial y ostensible. Desde ya que no es suficiente con una mera sospecha del autor de que el procedimiento institucional “no suele funcionar”. Debe estar claro en el caso que tal procedimiento no entra en consideración para mitigar la necesidad en cuestión.

Por lo demás, incluso si “resurge” la posibilidad de recurrir al estado de necesidad, deben tenerse en cuenta algunos límites que resultan relevantes para el tipo de necesidades de las que nos estamos ocupando aquí. Tales límites no se relacionan exclusivamente con los casos en los que el estado de necesidad resurge por la deficiencia de la vía institucional. Sin embargo, deben ser tenidos aquí en cuenta porque suelen ser relevantes para el tema que está bajo análisis.

B. Necesidades permanentes

En tal sentido, debe tenerse presente que el estado de necesidad justificante agresivo es un instituto previsto particularmente para necesidades ocasionales, si se quiere,

“agudas”¹⁶. Las necesidades permanentes, crónicas, no podrían ser remediadas mediante el recurso a los bienes de otro ciudadano. En tal sentido, aun si la vía estatalmente prevista es ficticia o está obstruida por la conducta contraria a derecho de los funcionarios, no podrá recurrirse al estado de necesidad justificante en caso de necesidades de esta clase¹⁷. Subsiste, en esos casos, la responsabilidad estatal.

C. Bienes personalísimos

Por otra parte, es necesario señalar que la cláusula de adecuación no sólo se suele relacionar con la existencia de una vía estatalmente prevista para resolver la necesidad, sino también suele asociarse con el carácter personalísimo del bien necesario para solucionarla.

Así, Hilgendorf y Valerius señalan: “La *cláusula de adecuación* rige sobre todo [...] cuando la defensa se dirige contra intereses altamente personales, cuyo abandono no puede exigirlo el principio de solidaridad. Sobre todo el derecho de autodeterminación del afectado permanece aquí en consideración, en tanto no influya ya en su favor la ponderación de intereses”¹⁸.

De tal manera, aunque haya una diferencia esencial entre los bienes en juego, nadie estaría obligado a ceder ciertos bienes personales contra su voluntad en función de una necesidad de otro.

En ese sentido, la cláusula de adecuación funcionaría aquí de otra manera, no en virtud de la existencia de una vía estatalmente regulada para solucionar la necesidad, sino en razón del carácter del bien requerido para ello. Por ello, los casos en los que se requiere de tales bienes están fuera de la conclusión antes mencionada. Esto es: por más que la vía estatalmente prevista para solucionar una necesidad sea completamente deficiente de manera ostensible, no se podrá recurrir a un bien personalísimo ajeno contra su voluntad en estado de necesidad justificante.

VI. CONCLUSIONES

Las dos conclusiones parciales enunciadas eran las siguientes:

1. Que si existe una vía estatalmente prevista como adecuada para paliar una necesidad debe seguirse esa vía y no se puede recurrir al estado de necesidad justificante.

16 Sobre el carácter “momentáneo” de las emergencias características del estado de necesidad, véase Pawlik (2016), p. 102.

17 Coca Vila ejemplifica esto con el caso de la necesidad de vivienda, concluyendo que, en todo caso, puede haber un estado de necesidad exculpante en los casos en los que el Estado, principal obligado para dar solución a la necesidad, no da una solución efectiva.

18 Hilgendorf/Valerius (2017), p. 110, nm. 85. Sobre la limitación al estado de necesidad para injerencias en la esfera corporal, como ser extracciones compulsivas de sangre, cf. Pawlik (2012), p. 252.

2. Que si esa vía se revela como insatisfactoria para solucionar la necesidad debe soportarse el peligro, en la medida en que tales regulaciones resultan ser modos preestablecidos de distribuir riesgos.

A ellas, en función de lo sostenido en los puntos anteriores, debería agregarse:

3. No rige la limitación mencionada al estado de necesidad agresivo cuando la vía institucionalmente regulada para canalizar la necesidad no funciona en la práctica, ya sea por estar prevista de modo ficticio, por estar bloqueada por los propios funcionarios estatales o por no poder brindar una solución a tiempo (sí prevista por ella) en el caso concreto.
4. Para ello la ineficacia práctica de la vía estatal debe resultar grave y manifiesta.
5. En caso de que entre en consideración el estado de necesidad, no deben perderse de vista otras limitaciones al instituto, que pueden ser relevantes en materia de necesidades vinculadas a la exclusión social. En tal sentido, las necesidades de carácter permanente en principio no dan lugar a que opere esta causa de justificación. Tampoco las necesidades que sólo pueden ser solucionadas mediante el recurso a un bien personalísimo ajeno.

BIBLIOGRAFÍA

Coca Vila, I., “Ocupación pacífica de vivienda en estado de necesidad. Una crítica desde los postulados democráticos-legalistas”, en Orozco, Reyes Alvarado y Ruiz López (eds.), *Libro homenaje a Reyes Echandía*, Bogotá, Universidad de los Andes, Universidad de Ibagué y Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 551 y ss.

Frister, H., *Derecho penal, Parte general*, trad. de la cuarta ed. alemana de Sancinetti, M. y Galli, M., Buenos Aires, Hammurabi, 2009 (título original, *Strafrecht Allgemeiner Teil*).

Hilgendorf, E. y Valerius, B., *Derecho penal, Parte general*, trad. de la segunda ed. Alemana de Dias, L. y Sancinetti, M., Buenos Aires, Ad Hoc, 2017 (título original, *Strafrecht Allegemeiner Teil*).

Jakobs, G., *Derecho penal, Parte general*, trad. de la segunda ed. alemana de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid, 1997 (título original, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagend und die Zurechnungslehre*).

Lerman, M. y Dias, L., “Estado de necesidad en la obra de Reyes Ecahandía”, en Orozco, Reyes Alvarado y Ruiz López (eds.), *Libro homenaje a Reyes Echandía*, Bogotá, Universidad de los Andes, Universidad de Ibagué y Universidad Externado de Colombia, 2022, pp. 529 y ss.

Orozco López, H., *Exclusión social, criminalidad y reacción estatal*, en Orozco, Reyes Alvarado y Ruiz López (eds.), *Libro homenaje a Reyes Echandía*, Bogotá, Universidad de los Andes, Universidad de Ibagué y Universidad Externado, 2022, pp. 167 y ss.

Pawlik, M., *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2012.

Pawlik, M., *Der rechtfertigende Notstand*, W de G, Berlín, 2002.

Pawlik, M., *Ciudadanía y derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016.

Perdomo Torres, J. F., *El deber de sacrificio en estado de necesidad*, Bogotá, Tirant lo Blanch, 2021.

Reyes Echandía, A., *Derecho penal*, 11.^a ed., Bogotá, Temis, 1987.

Reyes Echandía, A., *Antijuridicidad*, 1.^a reimp. de la 4.^a ed., Santa Fe de Bogotá, Temis, 1997.

Roxin, C./Greco, L., *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2020.

Schönke/Schröder, *StGB Kommentar*, 30.^a ed., Múnich, C. H. Beck, 2019.

Zieschang, F., *Entschuldigungs- und Strafausschließungsgründe*, en Hilgendorf, Eric *et al.* (eds.), *Handbuch des Strafrechts*, Band II, Heidelberg, C. F. Müller, 2020, pp. 791-848.