

El primado de las instituciones en el estado de necesidad exculpante

Omar Palermo*

1. Introducción

La discusión sobre el alcance de la doctrina de la inexigibilidad en el ámbito de los delitos imprudentes todavía remite al caso del caballo díscolo o indómito, que no obedece a las riendas, más conocido como *Leinenfänger*¹. Como se sabe, el acusado en este caso «trabajaba como cochero al servicio de un propietario del negocio de carruajes de alquiler» y desde entonces conducía un carruaje tirado por dos caballos. Uno de esos caballos era llamado *Leinenfänger* debido a que «tenía la costumbre de pasar la cola por encima de las riendas y abatirlas, aprisionándolas sobre su cuerpo»². Cabe aclarar que esta circunstancia era conocida tanto por el acusado como por el propietario del negocio. Pues bien, el día del hecho, el caballo, como era previsible, se desbocó y «el acusado perdió el control del carruaje lesionando a un transeúnte [...] El cochero tenía el temor fundado de que si se negaba a salir con el caballo perdería su puesto de trabajo y, con ello, su sustento»³. El Tribunal del Reich (RGSt. 30, 25), no obstante que entendió probada la previsibilidad del suceso lesivo, absolvió al acusado por considerar que no le era exigible asumir la consiguiente pérdida del empleo que le hubiera acarreado si se negaba a cumplir la orden de su empleador de conducir el carruaje⁴.

En contra de la solución, un sector cualificado de la doctrina alemana sostiene que en la actualidad habría que castigar al cochero por lesiones imprudentes, en razón de que el Derecho laboral ofrece alternativas de solución a la disyuntiva en la que se encontraba el acusado⁵. En efecto, existiendo un procedimiento institucional para canalizar el reclamo laboral, el sujeto necesitado estaría hoy

*Profesor Titular de Derecho penal en la Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza. Argentina. Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Investigador post-doctoral en la Albert-Ludwig-Universität Freiburg, Alemania, gracias al financiamiento de la fundación Alexander von Humboldt (programa Georg Forster).

¹ Pone de manifiesto la actualidad de los problemas que plantea el caso para la doctrina de la inexigibilidad, ROBLES PLANAS, «Caso del Leinenfänger», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), Casos que hicieron doctrina en Derecho penal, Madrid, 2011, pp. 111 y ss.

² ROBLES PLANAS, «Caso del Leinenfänger», p. 112.

³ ROBLES PLANAS, «Caso del Leinenfänger», p. 112.

⁴ ROBLES PLANAS, «Caso del Leinenfänger», p. 112.

⁵ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, t. 1, 4ª ed., München, 2006, 24/123.

obligado a recurrir a ese procedimiento, de modo que la lesión a la integridad física de terceros ajenos a la situación de peligro no podría ser exculpada. Sin embargo, la misma doctrina admite, a su vez, que si se tienen en cuenta las circunstancias de la época, el caso al menos resulta «próximo» al estado de necesidad exculpante, pues la amenaza de pérdida del empleo supone la existencia de un peligro para el propio sustento económico, de similar gravedad a la de un «peligro para la vida, la integridad física o la libertad»⁶.

Ahora bien, más allá de esta opinión, cabe preguntarse si son sólo «las circunstancias de la época» las que permiten aproximar el caso a la exclusión de culpabilidad o si, además, se deben tener en cuenta también otras circunstancias propias del orden de libertades en el que la acción peligrosa tiene lugar. Es que más allá de que es presupuesto de la imputación de culpabilidad la existencia de un procedimiento institucional a través del cual el trabajador pueda canalizar su reclamo, cabe preguntarse si la sola existencia de dicho procedimiento resulta fundamento suficiente para negar la exculpación o, además, el procedimiento debe reunir determinadas condiciones que le garanticen al trabajador que sus intereses serán realmente atendidos. Dicho a modo de ejemplo ¿constituye una alternativa de comportamiento conforme a Derecho la existencia de un sistema de justicia laboral que ofrece una posibilidad lejana e incierta de solución del conflicto? ¿qué características materiales debe reunir dicho procedimiento para impedir la exclusión de culpabilidad pese a la presión psíquica bajo la que actúa el autor del hecho?

En lo que sigue, se hará referencia, por un lado, a la posición incómoda que ocupa este deber del autor de recurrir a un procedimiento institucional en las distintas teorías que fundamentan el estado de necesidad exculpante (*infra* 2). En efecto, se intentará mostrar que tanto las tesis ontológicas (*infra* 2.1), como la teoría del doble fundamento (*infra* 2.2.) y las teorías preventivas (*infra* 2.3), por diversas razones, no pueden explicar la culpabilidad cuando el autor no canaliza el peligro a través del procedimiento institucionalmente previsto para dichos supuestos. Por otro lado, se expondrá el propio punto de vista sobre las condiciones materiales que debe reunir dicha vía institucional para constituirse en una causal obstativa de exculpación (*infra* 3 y 4).

2. El primado de las instituciones en las teorías del estado de necesidad exculpante

2.1. La explicación «psicologizante» de las tesis ontológicas

⁶ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 24/123.

Un sector de la doctrina debería exculpar al cochero con arreglo a una explicación psicologizante de las denominadas situaciones de necesidad exculpantes. En esta posición se encuentran las tesis ontológicas, las que sostienen que el fundamento de la exculpación se encuentra en la intensidad de la coacción psíquica que genera, según señalan, «una notoria reducción del ámbito de autodeterminación del sujeto en la situación constelacional, lo que neutraliza la posibilidad del reproche»⁷. Pues bien, si estas consideraciones se trasladan al caso del *Leinenfänger*, bien podría afirmarse que el trabajador habría sufrido un menoscabo anormal de su libre determinación, debido a la presión anímica extraordinaria bajo la que se encontraba, que haría aparecer como no exigible una conducta conforme a la norma, teniendo en cuenta, especialmente, su instinto de autoconservación. Así, entre el daño seguro que importaba la pérdida inmediata del trabajo y la futura pena incierta que eventualmente podría imponérsele, el cochero se habría inclinado «racionalmente» por la lesión de la norma. De este modo, la exculpación se explicaría en «una sobrepresión que influye en la motivación»⁸. Esta versión individualista de la exculpación se suele complementar con la idea de que el deber de obediencia de los ciudadanos se fundamenta en que el orden estatal garantiza la preservación del interés de los ciudadanos en la autoconservación. Ahora, en la medida en que en la concreta situación de peligro el Estado no puede garantizar el interés de autopreservación del sujeto necesitado, el deber de obediencia queda suspendido durante la situación de necesidad, al quedar sin su correspondiente sinalagma⁹.

Esta opinión, sin embargo, no se puede compartir, pues la *retirada del Estado* durante la situación de necesidad *desnormativiza* el vínculo entre el sujeto necesitado y la víctima de la intervención, de modo que la relación entre ambos deja de ser una *relación jurídica* para pasar a ser un conflicto entre individuos

⁷ ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Derecho penal. Parte General*, 2ª ed., Buenos Aires, 2002, p. 747.

⁸ Aunque como lo ha puesto de manifiesto SILVA SÁNCHEZ, «Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand», *Festschrift für Hruschka*, Berlin, 2005, p. 686, no queda claro por qué, para las teorías ontológicas, el instinto de autoconservación debería tener más peso que la propia ley penal como motivo en sentido contrario. La intensidad de la presión psíquica que sufre el autor puede ser tan elevada en caso de una razón altruista como en caso de un comportamiento egoísta. Según este autor, si lo relevante para la exculpación es la intensidad de la presión psíquica, también habría que exculpar, por ejemplo, a quien mata excitado ante la posibilidad de ser instituido heredero de la víctima.

⁹ Crítico con esa idea hobbesiana, PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas y configuración dogmática», *InDret Penal*, (4), 2015, p. 5.

particulares que *luchan por meros intereses fácticos*¹⁰. Si esto es así, es decir, si la situación de necesidad exculpante genera un espacio libre no regulado por el Derecho, el Estado no sólo no puede imputar culpabilidad sino que tampoco puede disponer sobre su exclusión, pues tanto la atribución de responsabilidad como la exculpación, son conceptos jurídicos que rigen la relación entre el sujeto necesitado y la víctima de la intervención bajo el amparo del Derecho, no fuera de él¹¹. Si el Estado suspende el deber de obediencia, no sólo pierde su facultad de sancionar, sino también su potestad para exculpar.

Por ello, desde esta perspectiva, no sólo el fundamento sino también los límites del estado de necesidad exculpante quedan algo desdibujados. En efecto, si la relación de respeto entre el sujeto necesitado y la víctima de la intervención queda suspendida durante la situación de necesidad, no parece que pueda fundamentarse de manera plausible por qué no se admite que la intervención en la esfera del agredido pueda ser crasamente desproporcionada o limitada al salvamento de determinados bienes. A la inversa, desde este punto de vista también resulta inexplicable por qué la reacción defensiva del agredido debe quedar limitada al estado de necesidad defensivo o a un derecho a la legítima defensa con restricciones ético-sociales.

Por lo demás, como se sabe, las tesis ontológicas tampoco pueden explicar los casos en los que se debe exculpar a pesar de la presión psíquica sufrida por el autor en tales supuestos. Así, quien tiene deberes de garante institucional respecto a la evitación del daño o es responsable de haber generado la situación de peligro, no puede invocar exculpación a pesar de que la reducción de su ámbito de ámbito de determinación pueda ser la misma que la de un sujeto que no ocupa esa posición jurídica. En el mismo sentido, la solución psicologizante tiene que admitir que el error evitable sobre los presupuestos objetivos de una causa de exculpación debería tener el mismo tratamiento que el error inevitable, pues en ambos casos la presión psíquica a la que está expuesto el sujeto necesitado es idéntica¹². La diferencia entre el error de exculpación inevitable y

¹⁰ He formulado críticas similares a este modelo de fundamentación en el ámbito de la legítima defensa. Sobre ello, PALERMO, *La legítima defensa: una revisión normativista*, Barcelona, 2006, pp. 31 y ss.

¹¹ Claramente en el sentido de esta crítica, PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas y configuración dogmática», *InDret Penal*, (4), 2015, p. 6: «"Exculpación" es un concepto jurídico [...] Quien permite a una parte del conflicto (a quien interviene) actuar apelando meramente a sus intereses efectivos, también tiene que concederle lo mismo a las otras partes del conflicto (los destinatarios de la intervención)».

¹² Sobre estas críticas a las teorías ontológicas, confr. por todos, LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, Valencia, 2009, pp. 59 y ss.

el evitable está en la competencia por el error y no en la intensidad de la restricción de la libertad, que es la misma en ambos supuestos.

En el mismo sentido, las tesis ontológicas no pueden explicar por qué la presión psíquica a la que se encuentra expuesto el autor es irrelevante cuando se dispone de un procedimiento estatal al que se debe reconducir institucionalmente el peligro. En efecto, en el caso del *Leinenfänger*, las teorías ontológicas deberían llegar a la exculpación del trabajador sobre la base de la coacción psíquica en la que este último se encontraba, más allá de la protección real que podría prestar el procedimiento laboral legalmente previsto para la solución del conflicto. Dicho de otro modo, las teorías psicoligizantes no están en condiciones de reconocer, en ningún caso, el primado de las instituciones sobre el instituto de autoconservación. Una opinión así resulta difícilmente defendible.

2.2. La teoría de la doble disminución de la culpabilidad

La doctrina dominante sostiene que la exención de pena se fundamenta en una doble disminución de la culpabilidad. Según se afirma, la culpabilidad se disminuye, *directamente*, debido al conflicto anímico sufrido por el autor e, *indirectamente*, en razón de una disminución del injusto por el menor desvalor de acción, pues el comportamiento tendría un valor de acción positivo, debido a que el autor actúa para conservar sus bienes o el de una persona allegada¹³. A su vez, la acción necesitada tendría el efecto de disminuir el desvalor de resultado, en razón del valor de resultado positivo que supone el salvamento de los bienes del sujeto necesitado o de sus familiares. A esta doble disminución del injusto se le suele asignar, como consecuencia sistemática, la posibilidad de excluir la participación accesorio en el hecho cometido en estado de necesidad exculpante.

En contra de esta teoría se dice que la doble disminución de la culpabilidad no explica la exención de pena del resto de injusto y de culpabilidad sobrante que queda sin compensación¹⁴. Dicho con palabras de SILVA SÁNCHEZ, lo que puede ser una fundamentación convincente de una atenuación de responsabilidad, se convierte en una argumentación insuficiente para explicar la plena exención de

¹³ KAUFMANN, *Dogmática de los delitos de omisión*, trad. a la 2ª ed. alemana de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid-Barcelona, 2006, pp. 170 y ss.

¹⁴ Sobre ello, LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, pp. 80 y ss.

pena¹⁵. Sin embargo, no sólo la suficiencia de estos argumentos respecto a la fundamentación de la exclusión de la culpabilidad, sino también las razones que esta teoría esgrime para explicar la doble atenuación de la misma, son discutibles. Así, en cuanto a la *disminución directa* de la culpabilidad ya se señaló que la presión anímica a la que está expuesta el sujeto necesitado es irrelevante tanto respecto a la víctima de la intervención como respecto al propio autor, cuando a este último le incumben deberes de garante respecto a la tolerancia del peligro. Las particularidades psíquicas de la situación de conflicto son asunto del autor, de modo que es deber suyo administrar su problemática sin afectar la esfera de organización de terceros. Pues bien, si los motivos egocéntricos del autor no pueden explicar su falta de culpabilidad ¿por qué esas inatendibles razones para la exclusión la culpabilidad deberían ser atendibles para fundamentar una reducción de la misma? Así, si la particular situación anímica del autor es irrelevante en relación a la víctima de la intervención, también debería serlo respecto a una eventual disminución de la culpabilidad. El instinto de autoconservación no sólo no debe desempeñar ningún papel en el si o no de la imputación de culpabilidad sino tampoco en la determinación del *quantum* de la misma.

En cuanto al argumento de la reducción *indirecta* de la culpabilidad, por una doble disminución del injusto, debido a la reducción del desvalor de acción y del desvalor resultado, tampoco está fuera de toda discusión¹⁶. En efecto, como advierte PAWLIK, esta tesis no explica por qué debería reducir el injusto el mero hecho de que el autor saque provecho de su comportamiento ilícito a costa de una víctima que, en muchos casos, puede pagar el desplazamiento del conflicto con su propia existencia¹⁷. Del mismo modo que es irrelevante, a efecto de determinar la reducción directa de la culpabilidad, que el autor actúe movilizado por su instinto de auto-conservación, es también irrelevante, a fin de establecer una posible reducción del injusto, que el autor actué para preservar sus bienes¹⁸.

¹⁵ SILVA SÁNCHEZ, «Situaciones de necesidad que no generan deberes de tolerancia», en *Consideraciones sobre al teoría del delito*, Buenos Aires, 1998, p. 241.

¹⁶ Sobre las críticas a este aspecto de la teoría de la doble reducción de culpabilidad, LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, pp. 83-88.

¹⁷ PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas y configuración dogmática», *InDret Penal*, (4), 2015, p. 10.

¹⁸ PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas y configuración dogmática», *InDret Penal*, (4), 2015, p. 10: «Por ello, la tarea de una teoría del estado de necesidad exculpante consiste, como ya se mencionó, en demostrarle al destinatario de la intervención el carácter deficitario de una concepción de la libertad en términos puramente negativos».

Por lo demás, es posible afirmar que, en la medida en que se admite que el estado de necesidad exculpa también la tentativa fracasada de salvamento, la exculpación subsiste a pesar de la falta de un valor positivo de resultado. En el mismo sentido, cabe señalar que la cantidad de injusto no depende únicamente de lo que el sujeto preserva, sino también del nivel de afectación de los bienes jurídicos que lesiona. Dicho con un ejemplo: quien para salvar su vida mata a varias personas resulta igualmente exculpado no obstante la ausencia de una disminución del injusto por falta de un saldo favorable, luego de descontar el valor positivo del resultado salvador. Del mismo modo, en los casos de error de exculpación también falta el valor positivo de resultado, en la medida en que *ex post* no había ningún bien en peligro. En el mismo sentido, en cuanto al valor positivo de acción que reduciría el desvalor de acción, cabe señalar que cuando el autor salva su vida a costa de la vida de varias personas, no sólo *no* se da un saldo positivo en cuanto a valor de resultado sino tampoco en cuanto al valor de acción: el autor *quiere* salvar su vida pero *también quiere* la muerte de varias personas para salvarse. No hay en tal supuesto ningún saldo favorable tampoco en cuanto al valor positivo de acción.

Finalmente, en tanto la teoría de la doble reducción de la culpabilidad es, con respecto a la disminución *directa*, una teoría ontológica, tiene las mismas dificultades con las que se encuentra esta última para explicar el prevailecimiento de las instituciones por sobre la particular situación anímica que vive el autor en la situación de necesidad. Ello se ve especialmente reflejado en la solución ofrece KÜHL, defensor de la teoría de la doble disminución, al caso del inocente que es condenado injustamente en un proceso penal formalmente válido. Según este autor, la exculpación de estos supuestos es posible en casos de “crasa desproporción”¹⁹. Y ello es así aunque la condena haya sido impuesta en el marco de un procedimiento legal propio del Estado de Derecho e incluso no se hayan agotado las vías recursivas de las que disponía el condenado pues, según señala, la falta de un recurso que resulta poco prometedor, no tiene demasiado peso si se lo compara con la amenaza a una pena de larga duración²⁰. Fuera de estos supuestos excepcionales, el deber de tolerar el peligro de una pena injusta sigue rigiendo tanto para el injustamente

¹⁹ KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 8. Auflage, 12/79, München, 2018: «Sie sollte auch für Justizopfer erwogen werden, die trotz eines rechtsstaatlich durchgeführten Strafverfahrens und trotz Ausschöpfung aller vor Rechtskraft zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe durch ein Fehlurteil ihre Freiheit für einen langen Zeitraum verloren haben».

²⁰ KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12/79: «Doch wiegt dieser Mangel an Rechtsmittelausschöpfung, der noch dazu ein wenig aussichtsreiches Rechtsmittel betrifft, nicht viel Vergleich zu einer drohenden langjährigen Freiheitsstrafe».

condenado como para sus familiares²¹. Es decir, según KÜHL, la persona inocente tendría el deber de obedecer una condena injusta incluso cuando la pena sea grave y desproporcionada en relación con la lesión que el condenado podría ocasionarle al funcionario penitenciario encargado de su custodia, pero la exculpación sería admisible cuando la pena sea “crasamente” desproporcionada en relación con dicha lesión. En este último supuesto no se daría primacía al procedimiento institucional previsto para absorber el peligro, esto es, el proceso penal del que debe surgir la culpabilidad o la inocencia del procesado. Según esta opinión, se puede exculpar al inocente condenado a veinte años de prisión que lesiona levemente al funcionario encargado de su custodia, pero no si lesiona gravemente su integridad corporal.

Sin embargo, estas oscilantes explicaciones no son admisibles por diversas razones. En *primer lugar*, si lo que decide la disminución *directa* de la culpabilidad es la presión anímica a la que está expuesta el condenado inocente, debería ser irrelevante la relación de proporcionalidad entre la amenaza de privación de libertad y la lesión a la integridad física del custodio, pues existiendo “coacción psíquica” se daría la condición que esta teoría exige como uno de los presupuestos de exclusión de la culpabilidad. En efecto, la teoría que aquí se cuestiona no puede explicar por qué si alguien para evitar un secuestro lesiona gravemente a un tercero ajeno a la situación de peligro puede ser exculpado, en tanto que si en la misma situación se encuentra una persona injustamente condenada la exculpación deviene en inadmisibile, cuando en ambos casos la presión psíquica que sufre el autor es idéntica. Dicho de otro modo, la primacía del proceso penal en casos en los que no se da una “crasa” desproporción resulta inexplicable para una teoría que fundamenta la disminución directa de la culpabilidad en el dato psicológico de la presión psíquica. En *segundo lugar*, esta teoría tampoco puede explicar por qué no debe prevalecer el procedimiento institucionalmente previsto en casos de “crasa desproporción”. Es que la primacía de las instituciones en un Estado de Derecho no puede depender del grado de angustia que genera en el condenado inocente, ni de la mayor o menor desproporción que exista entre los intereses en conflicto. Si el procedimiento funciona de manera eficaz debe prevalecer aún en

²¹ Respecto a este último supuesto, KÜHL sostiene que no se puede esperar que la esposa de la persona condenada, que ha sido injustamente sentenciada a una larga pena de prisión, acepte esta injusta y duradera pérdida de libertad para su esposo. En tal supuesto, la liberación del prisionero resulta alcanzada por la disculpa. Sobre ello, KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 12/80.

los casos de “crasa desproporción” en los que tampoco la exculpación debe ser admitida²².

2.3. El problema en las teorías preventivas

Los criterios de valoración que deberían conducir a la disculpa en situaciones de necesidad, sobre la base de las teorías de la pena, no son del todo evidentes. Así, según ROXIN, quien obra en estado de necesidad exculpante lo hace de modo culpable, en la medida en que el autor se encuentra en condiciones de alcanzar el «efecto de llamada de atención de la norma», debido a que tiene «capacidad suficiente de autocontrol» por lo que resulta «psíquicamente asequible a una alternativa de conducta conforme a Derecho». Sin embargo, la exención de pena se fundamenta, según ROXIN, en la exclusión de responsabilidad por falta de necesidad preventiva de punición, tanto desde el punto de vista de la prevención general como de la prevención especial²³. Pues bien, esta remisión a la teoría de los fines de la pena explicaría la necesidad preventivo-general de castigo en el citado ejemplo del cochero: «que el peligro de pérdidas económicas no pueda tener efecto eximente de pena se explica porque, de lo contrario, la autotutela podría acabar con el funcionamiento ordenado del Derecho y conducir a la sociedad al caos»²⁴.

En líneas generales se puede compartir las deducciones preventivo-generales y la vinculación de la culpabilidad con la teoría de los fines de la pena que plantea ROXIN. Sin embargo, como señala un sector de la doctrina, su formulación es tan abierta e imprecisa que resulta inadecuada para explicar el fundamento y los límites del estado de necesidad exculpante²⁵. En efecto, las conclusiones de ROXIN no parecen ser derivaciones sistemáticas sino más bien respuestas a las que se llega desde la tópica, para luego echar mano al principio que mejor explique una solución que ha sido tomada de antemano de manera intuitiva. Se trata, en definitiva, de una tesis «maleable»²⁶. Y esto en cuanto a las derivaciones preventivo-generales, pues el fin de prevención especial, a diferencia de lo que sostiene ROXIN, no debe ocupar ningún lugar ni en el fundamento ni en la determinación de los límites de la exculpación. En este

²² Sobre la importancia del nivel de protección real que ofrece el procedimiento y su incidencia en la imputación de culpabilidad, se hará referencia *infra* 4.

²³ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 19/3.

²⁴ ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 22/11.

²⁵ Una crítica detallada a la tesis preventiva de ROXIN puede verse en LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, pp. 106 y ss.

²⁶ La expresión crítica pertenece a LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, pp. 106 y ss.

sentido, que el hecho llevado a cabo en una situación de necesidad extrema no demuestre la falta de integración social del autor o el peligro de reincidencia, es un dato absolutamente irrelevante a la hora de fundamentar la exculpación. Así, aunque en el caso concreto pudiera demostrarse la necesidad preventivo-especial de pena, hay que exculpar igualmente al autor cuando no haya razones preventivo-generales que justifiquen la sanción²⁷.

También JAKOBS, de acuerdo con su concepto funcional de culpabilidad, fundamenta la idea de inexigibilidad teniendo en cuenta el fin preventivo-general de la pena: sólo cabe admitir la exculpación cuando la situación especial no resulta susceptible de ser generalizada. Ello ocurre cuando el autor no es responsable del conflicto, de modo que éste sólo puede ser explicado como desgracia o por la responsabilidad de un tercero²⁸. Ahora, según este autor, si la exculpación perturba el orden social establecido porque cabe temer la extensión de la situación, o porque se eluden los procedimientos estatales previstos para la solución del conflicto, la observancia de la norma sigue siendo exigible²⁹. Así, quien ha generado responsablemente la situación de peligro no puede ser exculpado, pues de lo contrario habría que temer que se produzca una generalización, en razón de que cualquiera que no hubiera tenido una previsión razonable podría trasladar los costes a los demás. En el mismo sentido, quedan fuera de la exculpación las personas alcanzadas por un deber especial debido a que, de admitirse, no se podría organizar un servicio protección civil ordenado. Dicho con otras palabras, nunca es la intensidad del miedo lo que exculpa, sino la competencia o la responsabilidad que se tenga por la situación de peligro. Sólo en tales supuestos, en los que la indulgencia no perturba el orden social, cabe admitir la exculpación³⁰.

En contra de esta concepción cabe señalar que no sólo de la referencia a las necesidades preventivo-generales y preventivo-especiales puede decirse que resultan demasiado vagas y necesitadas de un contenido material. La tesis que se acaba de exponer también está necesitada de precisiones en cuanto a su contenido ³¹. En efecto, en no pocos supuestos existen adversidades,

²⁷ En este sentido, LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, p. 108.

²⁸ JAKOBS, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. a la 2ª. ed. elemana de Cuello Contreras/Serrano González de Murrillo, Madrid, 1995, 20/4; ÉL MISMO, «El lado subjetivo del hecho», en *Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal*, trad. Cancio Mellía-Feijóo Sánchez, Madrid, 2003, pp. 95 y ss.

²⁹ JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Frankfurt am Main, 2012, pp. 63 y ss.

³⁰ JAKOBS, «El lado subjetivo del hecho», pp. 98-98.

³¹ En este sentido, LORENZO, *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de responsabilidad penal*, pp. 126 y ss.

enfermedades o graves accidentes que pueden ser explicados al margen de la competencia del autor y que, sin embargo, deben ser tolerados por éste, pues es exigible soportar los daños que deriven de lo socialmente cotidiano. Sólo en situaciones excepcionales cabe admitir indulgencia, de modo que, en tales supuestos, no se debe disculpar el desplazamiento del conflicto a terceros que son tan irresponsables de la creación del peligro como el propio autor³². Dicho de otro modo, JAKOBS incurre en una contradicción sistemática, pues mientras que, por un lado, señala que cuando todos se comportan de manera correcta la víctima está obligada a soportar las consecuencias del suceso lesivo como su propia desgracia, por otro lado, en las situaciones de necesidad exculpante, admite que el necesitado, en lugar de soportar el suceso como “su” desgracia, pueda desplazarla a un tercero que es ajeno a la situación de conflicto en la que se encuentra el autor. Brevemente, lo que una teoría del estado de necesidad exculpante debe ser capaz de explicar es por qué puede eludir las consecuencias jurídico-penales el autor que transforma “su” desgracia personal en la desgracia de “otro”.

En definitiva, si bien la tesis de JAKOBS explica de modo convincente la exculpación del hecho frente a la sociedad, en la medida en que en tales supuestos no existe el riesgo de que la generalización pueda perturbar el orden, no fundamenta de modo plausible la exculpación frente a la víctima, la que no sólo es absolutamente ajena a la situación de conflicto, sino que además debe, sino tolerar, al menos soportar una injerencia gravemente lesiva en su ámbito de organización, en condiciones de desigualdad, pues las posibilidades de reaccionar en legítima defensa o en estado de necesidad defensivo son más formales que materiales. Dicho de otra manera, la sociedad puede entender mejor las razones que ofrece JAKOBS para la exculpación del autor, que la propia víctima, la que en lo material -no en lo formal- se ve obligada a soportar no ya su propia desgracia, sino el desplazamiento de la desgracia sufrida por otro y de la que no es en modo alguno responsable.

Asimismo, en los casos en los JAKOBS que no admite la exculpación porque la generalización sí puede generar un peligro de afectación general del orden, lo que no puede sortear es la instrumentalización en la que incurre no ya de la víctima, sino respecto del sujeto necesitado, que debe soportar la imposición de una pena para garantizar la estabilidad del orden social pese a su falta de

³² SILVA SÁNCHEZ, «Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand», pp. 688-689.

competencia por la situación de peligro³³. En este sentido, en los casos de exclusión de la exculpación porque el autor no ha utilizado el procedimiento institucional legalmente previsto para absorber la situación de peligro, el autor no es competente, o al menos su competencia no ha sido convincentemente explicada por JAKOBS en relación al obligado. En efecto, el deber de recurrir al procedimiento institucional se explica mejor en beneficio del orden que se pretende preservar que del propio sujeto necesitado que está obligado a sacrificarse en beneficio de la generalidad. Quizás ésta sea la razón por la que MÜSSIG, discípulo de JAKOBS, en algunos supuestos excepcionales se ve obligado a admitir la exculpación pese a que el autor no se ha servido del procedimiento institucional correspondiente³⁴.

3. El primado de las instituciones en el caso límite del «inocente injustamente condenado». Análisis crítico

Una explicación detallada del primado de las instituciones se encuentra en la obra de PAWLIK³⁵. Según este autor, en el, por él denominado, *estado de necesidad excluyente de imputación (der zurechnungsausschließende Notstand)*, pese a que la víctima de la intervención está expuesta a sufrir pérdidas irreparables, es posible prescindir de una acusación penal en contra del acusado, a diferencia de lo que ocurre en el estado de necesidad justificante, no porque la víctima pueda ser considerada un representante de la comunidad jurídica, sino porque el reparto de roles en la situación de conflicto fue puramente accidental, de modo que la víctima actual perfectamente podría haberse encontrado en el papel del autor que actúa en estado de necesidad y viceversa³⁶. En definitiva, el estado de necesidad exculpante aparece como una posibilidad de salvamento adicional

³³ Si lo interpreto bien, en la línea de esta crítica, PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas y configuración dogmática», *InDret Penal*, (4), 2015, p. 12.

³⁴ MÜSSIG, *MiKo*, 3ª. ed., 2017, § 35, nm. 67. Sobre ello, en el texto, *infra* 3.

³⁵ Sobre el primado de las instituciones en el ámbito del estado de necesidad agresivo, fundamental, PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand. Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Berlin-New York, 2002, pp. 182 y ss. Una explicación detallada puede verse también en COCA VILA, *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Barcelona, 2006, pp. 306 y ss.

³⁶ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Tübingen, 2012, p. 361: «Beim zurechnungsausschließenden Notstand drohen dem Eingriffsadressaten hingegen zumeist schwerwiegende, nicht wieder gutzumachende Verluste; äußerstenfalls steht sogar sein Leben auf dem Spiel. Wenn in solchen Fällen trotzdem von einem Kriminalunrechtsvorwurf gegen den Täter abgesehen werden kann, so nicht deshalb, weil der Verletzte noch als Repräsentant der Rechtsgemeinschaft ausgegeben werden könnte, sonder nur deshalb, weil die Rollenverteilung in dem konkreten Konflikt zufällig war: Das jetzige Opfer hätte sich ebensogut in der Rolle des Notsandstüters wiederfinden können und umgekehrt».

recíprocamente garantizada, de modo que el autor de la intervención no evidencia con su comportamiento una deslealtad hacia el orden de libertades³⁷.

Ahora, según PAWLIK, los intervinientes en una situación de necesidad no se enfrentan sólo como sujetos, sino como ciudadanos que buscan «procesar las crisis y los conflictos prioritariamente a través de caminos institucionales». Pues bien, estos «caminos institucionales» no son otros que los que ofrecen los tribunales de justicia, las autoridades administrativas, la policía, etc., quienes están obligados a resolver los conflictos de manera imparcial y siguiendo las correspondientes regulaciones procesales. Por esta razón, el poder de persuasión de estas instituciones es superior a la de un ciudadano individual que actúa no sólo «por su cuenta» sino, fundamentalmente, «en interés propio»³⁸. En consecuencia, el conflicto de intereses no puede resolverse libremente atendiendo a las necesidades individuales de los intervinientes, sino teniendo en cuenta el rol de ciudadanos en el que cada uno se encuentra. Por ello, «cuando el autor de la intervención tenía a disposición un procedimiento estatal para prevenir o evitar su situación de necesidad y no se sirvió de aquél, o lo hizo sin resultado, se le debe negar la posibilidad de apelar al estado de necesidad de exculpante»³⁹. En tales supuestos, hay que exigirle al autor que soporte el peligro⁴⁰.

Este punto de vista es sostenido intransigentemente por PAWLIK en el mencionado ejemplo del condenado injustamente por los tribunales de justicia a una larga pena de prisión, que habiendo agotado las vías recursivas legalmente previstas, lesiona al funcionario penitenciario que lo custodia, para liberarse y, una vez en libertad, demostrar su inocencia. Según este autor, en casos como este no sólo *no* se debe exculpar a la persona injustamente condenada, sino que tampoco se debe admitir una atenuación de la pena: «sólo mientras el Derecho penal insista en una estricta contención institucional de los conflictos podrá dar cuenta de su eficacia como conjunto de reglas que rigen la convivencia pacífica y ofrecer a los ciudadanos una infraestructura de **libertad**

³⁷ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, p. 361: «Weil der Eingriffsadressat bislang in gleicher Weise wie seine Mitbürger von der Aussicht auf die Eröffnung einer zusätzlichen Rettungschance in Notsituationen profitiert hat, wird er nicht gleichheitswidrig benachteiligt Täter, der ihm die Kostenrechnung aufmacht und die Logik der Reziprozität damit praktisch werden lässt, beweist seinerseits kein Illoyalität gegenüber der gemeinsamen Freiheitsordnung».

³⁸ PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas y configuración dogmática», p. 18.

³⁹ PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas y configuración dogmática», p. 19.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, «Zur Verhältnismäßigkeitsproblematik im entschuldigenden Notstand», pp. 692.

asegurada. Por estas razones, la exigencia a los ciudadanos de respeto a al primacía de las instituciones también allí cuando en el caso concreto ese respeto los hiere, no tolera ninguna relativización»⁴¹.

Sin embargo, parcialmente en contra de esta opinión, BERNSMANN sostiene que esta intransigencia puede verse sacudida si la exculpación debe admitirse al menos en algún caso excepcional⁴². En efecto, para esta autor, los problemas se vislumbran cuando el agotamiento de la vía recursiva no trajo consigo la justicia material que el caso concreto requería⁴³. En tal caso, la cuestión a determinar es si el procedimiento legamente regulado tiene tanto peso como para exigirle al condenado inocente el deber de tolerar una injusta privación de libertad⁴⁴. Para resolver esta cuestión, entiende BERNSMANN, se deben sopesar los intereses en juego, y en caso de advertirse una grave desproporción entre el daño a la integridad corporal del funcionario y la afectación de su libertad personal, sería inaceptable exigirle a la persona detenida que tolere las consecuencias lesivas de una condena injusta⁴⁵. Señala este autor que su propuesta no significa de ningún modo una banalización de los intereses estatales, pero lo cierto es que considera que la amenaza injusta de sufrir una pena de prisión de larga duración «suspende» la exigibilidad del deber especial de tolerarla⁴⁶. Sin embargo, no se le escapa a BERNSMANN que la inversión de la relación de proporcionalidad puede aumentar el deber del condenado de soportar la pena de prisión aunque sea injusta. Así, no está exculpado el detenido que hiere gravemente al funcionario penitenciario o toma de rehén a una persona ajena a su privación de libertad⁴⁷.

Sobre esta cuestión MÜSSIG distingue claramente la situación según el estado del proceso. Para este autor, la privación de libertad en el marco de la prisión preventiva o incluso de la condena, sin que se hayan agotado las vías

⁴¹ PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas y configuración dogmática», p. 19.

⁴² BERNSMANN, »*Entschuldigung*« durch Notstand, Köln-Berlin-Bonn-München, 1998, p. 433.

⁴³ BERNSMANN, »*Entschuldigung*« durch Notstand, p. 433.

⁴⁴ BERNSMANN, »*Entschuldigung*« durch Notstand, p. 433.

⁴⁵ BERNSMANN, »*Entschuldigung*« durch Notstand, p. 433; en el mismo sentido, NEUMANN, NK StGB, 5ª ed., 2017, § 35 nm. 52: «Fraglich ist dagegen, ob das auch dann ausnahmslos gilt, wenn der Betroffenen materiell zu Unrecht verurteilt wurde. Da in diesem Fall die Rechtsgutsbeeinträchtigung nach dem Entscheidungsprogram des materiellen Rechts gerade nicht erfolgen soll, wird man dem Betroffenen die Berufung auf § 35 hier nicht generell versagen können. In Betracht kommt hier auch eine entschuldigte Notstandshilfe zugunsten nahestehender Personen».

⁴⁶ BERNSMANN, »*Entschuldigung*« durch Notstand, p. 434: «Darin liegt keine Bagatellisierung der zitierten staatlichen und persönlichen Interessen, doch ist die drohende Lebensentwertung infolge eines langdauernden Freiheitsentzuges erheblich höher zu veranschlagen, was dann zwingend Unzumutbarkeit und Suspendierung der Sonderpflicht zu Folge hat».

⁴⁷ BERNSMANN, »*Entschuldigung*« durch Notstand, p. 434.

recursivas, debe ser institucionalmente tolerada por el detenido y no cabe admitir disculpa alguna en caso de elusión del procedimiento legal⁴⁸. En cambio, la situación es diferente cuando se han agotado los recursos legalmente previstos y la injusticia material persiste. En este caso, según MÜSSIG, no se puede negar la exculpación al condenado a muchos años de prisión, en particular en caso de prisión perpetua, si la afectación de los derechos de terceros no es grave e irreversible y ello por dos razones⁴⁹. Por un lado, señala que si se tienen en cuenta las condiciones que legitiman la pena a prisión perpetua, la obligación de tolerarla por razones puramente formales resulta frágil. Por otro lado, afirma que no debe dejar de tenerse en cuenta que la razón del conflicto, esto es, el error judicial, no es imputable a la esfera de organización del detenido, de ahí que una solución unilateral del conflicto a su coste resulte inadecuada⁵⁰.

Por su parte, HÖRNLE, aporta más elementos a la discusión⁵¹. Según su opinión, si la “inocencia real” de la persona detenida sólo puede ser reconocida desde la perspectiva interna del condenado, el Estado debe negar la posibilidad de exculpación⁵². En cambio, la circunstancias cambiarían si la sentencia condenatoria es anulada y en un nuevo juicio se deja en claro la falta de responsabilidad del autor⁵³. Para ello, resulta determinante que el juez esté convencido de que en su momento el imputado fue condenado injustamente. En tal caso, según esta opinión, se debe admitir el estado de necesidad exculpante⁵⁴, pues una privación de libertad de varios años aparece como un sacrificio inexigible, a falta un elemento decisivo para la exigibilidad, a saber, «la reponsabilidad del autor por el peligro»⁵⁵.

⁴⁸ MÜSSIG, MüKo, 2017, § 35, nm. 67.

⁴⁹ En sentido similar, admitiendo la exculpación en casos excepcionales, NEUMANN, NK, 5ª ed., 2017, § 35, nm. 52.

⁵⁰ MÜSSIG, MüKo, 2017, § 35, nm. 67: «die Gründe des Konflikts also, das Fehlurteil, nicht Sphäre des Inhaftierten zuzuordnen sind, und deshalb auch eine einseitige Lösung des Konflikts allein zu seinen Lasten bei schwerstwiegenden Folgen kaum begründbar erscheint. In Betracht kommt dann aber auch eine entschuldigte Nothilfe zugunsten nahe stehender Personen».

⁵¹ HÖRNLE, «Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB)», JuS, 2009, pp. 873 y ss.

⁵² HÖRNLE, «Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB)», JuS, 2009, p. 880: «Solange das Faktum "tatsächliche Unschuld" nur aus der internen Tätersperspektive erkennbar ist, muss der Staat am Schuldvorwurf hinsichtlich der Notstandstat festhalten».

⁵³ HÖRNLE, «Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB)», JuS, 2009, p. 880: «Würde allerdings in einem Wiederaufnahmeverfahren das ältere Urteil aufgehoben, hätte sich die Beurteilungsgrundlage geändert und es wäre dann klar, dass der Täter für die Gefahr nicht verantwortlich war».

⁵⁴ En el mismo sentido, FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 6ª ed., München, 2013, 20/15.

⁵⁵ HÖRNLE, «Der entschuldigende Notstand (§ 35 StGB)», JuS, 2009, p. 880: «Ist dies der Fall, so hat er auf einen Schuldvorwurf zu verzichten, weil ein mehrjähriger Freiheitsentzug eine unzumutbare

Sin embargo, según creo, en sociedades en las que el régimen legal vigente se haya en consonancia con el grado de institucionalización real, la exculpación en estos supuestos no se puede admitir ni siquiera en casos excepcionales⁵⁶. A idéntica conclusión se debe llegar respecto a una posible disminución de la pena⁵⁷. Y ello por diferentes razones. Por un lado, la exculpación no se explica frente al orden social cuyo procedimiento institucional ha sido eludido por el comportamiento del autor. En efecto, en la medida en que la generalización de este tipo de conductas puede erosionar el funcionamiento de una institución fundamental para la consolidación del Estado de Derecho, como es el servicio de justicia penal, su exculpación no puede explicarse en términos preventivos generales. Por esta razón, las teorías que admiten la exculpación en los casos excepcionales antes analizados, sobre la base del criterio de la ponderación de intereses, generan la impresión de estar algo descolocadas, pues las lesiones leves que el detenido le causa al funcionario penitenciario que lo custodia importan en sí mismo un grave cuestionamiento a las decisiones de los tribunales de justicia que, aunque puedan resultar erróneas, constituyen la base fundamental de una sociedad democráticamente organizada. Sin embargo, si lo decisivo para la exculpación resulta la ponderación de intereses entre la amenaza de privación de libertad injusta a varios años de prisión y la lesión leve a la integridad corporal del funcionario penitenciario, no se advierte por qué razón la exculpación no es igualmente admitida en el caso en que la lesión a la integridad corporal sea grave o se afecten gravemente derechos de terceros ajenos a la situación de peligro. Si ello no es así, es decir, si aún la doctrina menos estricta no admite la exculpación en estos supuestos, es porque entiende la importancia de preservar las instituciones democráticas más allá de la concreta afectación de los bienes juego. Pues bien, la mera circunstancia de que el injusto cometido por el autor contra el funcionario penitenciario sea leve, no debería modificar el deber del autor de acudir siempre al procedimiento previsto para absorber el peligro. Expresado mediante un ejemplo, el enfermo de los riñones debe recurrir al procedimiento previsto para la donación de órganos y no puede alegar exculpación si lesiona al médico que transporta el riñón donado para apoderarse de él. Que la lesión al médico sea grave o leve debería ser irrelevante en el juicio de imputación de culpabilidad, si es que se

Aufopferung gewesen wäre, wenn das für die Zumutbarkeit entscheidende Element "Verantwortlichkeit des Täters für die Gefahr" fehlt»

⁵⁶ En este sentido, RENGIER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 10ª ed., München, 2018. 26/25. De una opinión más laxa, PERRON, en SCHÖNKE/SCHRÖDER, 29ª ed., 2014, § 35, nm 26.

⁵⁷ En el sentido de lo expuesto por PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas y configuración dogmática», p. 19.

quiere preservar un sistema ordenado de donación de órganos. También la lesión leve debe ser imputada en este caso como culpable.

Por otro lado, la falta de culpabilidad en estos supuestos no sólo no puede explicarse en términos preventivo-generales, sino tampoco respecto al autor que, en tanto ciudadano, tiene el deber de soportar la condena aunque resulte materialmente injusta en el caso concreto. En efecto, en tanto el autor del injusto no actúa como un individuo aislado que procura su autoconservación, sino en su rol de ciudadano, no tienen la posibilidad de actuar libremente por su cuenta para la protección de sus egocéntricos intereses. Así, en la medida en que el autor del hecho se ha beneficiado de las instituciones que garantizan la existencia de un estado de libertades que él mismo ha puesto en tela de juicio mediante su comportamiento, está obligado a respetar dichas instituciones aunque en el caso concreto pueda resultar perjudicial incluso por errores del propio sistema. Dicho de otro modo, la imputación culpabilidad en el caso que nos ocupa no sólo se justifica frente al orden social a favor de cuya conservación la pena debe imponerse, sino que se justifica también frente al propio autor, quien por las razones expuestas es «institucionalmente competente» por la situación del peligro y por ello está obligado a soportarlo.

Sobre la base de lo expuesto, no se pueden compartir las opiniones de MÜSSIG y HÖRNLE, en el sentido de que en tanto el error judicial no es imputable a la esfera del detenido, éste no es responsable del peligro que genera la situación de necesidad. En contra de esta opinión hay que decir que si el autor no es competente por la situación de peligro, no se advierte por qué estos autores limitan la exculpación a los casos de lesiones leves, en tanto que imputan culpabilidad cuando el detenido le causa al funcionario penitenciario lesiones graves. En efecto, si el detenido no es competente o no es responsable por el error judicial que lo privará mucho años de prisión, no lo es con independencia de si las lesiones que ocasiona son leves o graves. La gravedad de la lesión en este caso no tiene aptitud para modificar la competencia por el error judicial. Esta inconsecuencia se explica en que el autor de las lesiones efectivamente no ha causado el error judicial, pero está obligado a soportar sus consecuencias por razones institucionales. Y ello es así tanto en las lesiones leves como en las lesiones graves que pudiera haber ocasionado. En ambos supuestos debe imputarse culpabilidad.

Tampoco es decisivo, como pretende HÖRNLE, que la “inocencia real” del condenado no sólo sea reconocida desde su perspectiva interna, sino que además deba resultar de nuevo juicio en el que quede claro que el imputado fue

condenado injustamente. Y ello por dos razones. En *primer lugar*, si lo decisivo es la perspectiva objetivo-externa, ello no debería restar importancia a la perspectiva interna del condenado. En efecto, si la distinción de HÖRNLE fuera acertada, la perspectiva interna del condenado debería desempeñar un papel al menos como elemento subjetivo de la causa de exculpación, de modo que en caso de inevitabilidad podría faltar la culpabilidad del autor por error de exculpación, lo cual parece, a todas luces, inadmisibile. En segundo lugar, tampoco es determinante que en un juicio *ex post* se establezca la inocencia del condenado y ella se constituya en la razón fundamental de su exculpación. No es la verdad del autor demostrada en el proceso lo que exculpa sino la verdad de la validez del procedimiento institucional y sus prestaciones para estado de libertades: el autor cuya inocencia quedó demostrada en un segundo juicio debió recurrir y mantenerse en procedimiento legalmente previsto y no actuar por su cuenta.

4. La necesidad de criterios materiales para distinguir «clases» de procedimientos

Sin embargo, lo expuesto hasta aquí supone la existencia de un vínculo de correspondencia entre el marco «normativo programático» y el «grado de institucionalización real» que existe en el Estado⁵⁸. Dicho de otro modo, la imputación de culpabilidad requiere como presupuesto no sólo la existencia *formal* de un procedimiento institucional especialmente diseñado para absorber el peligro en situaciones de necesidad, sino que además dicho procedimiento debe *funcionar materialmente*, esto es, debe cumplir *realmente* con las expectativas para las que fue creada⁵⁹. Brevemente: el procedimiento institucional debe contribuir a la protección organizada de las libertades de todos los ciudadanos.

Esta interconexión entre el primado de las instituciones y su grado de prestación real al orden de libertades ha sido claramente definida por PAWLIK en términos «cuasi-sinalgmáticos»: *«la alegación de que las instituciones tienen primacía solamente se puede oponer a los ciudadanos bajo la condición de que estas instituciones, por su parte, les provean de las prestaciones que les incumen respecto de la protección de la libertad de los mencionados ciudadanos. Especialmente, a los ciudadanos se les ha de garantizar las condiciones previas para una vigencia ordenada del Derecho (con las fuerzas de seguridad y la justicia en el centro), así como,*

⁵⁸ Ambas expresiones pertenecen a SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», *Revista Discusiones*, nº 7, p. 34, nota 33.

⁵⁹ Sobre la necesidad de que las instituciones «funcionen» para poder tener primacía, SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Barcelona, 2018, p. 89.

naturalmente, condiciones mínimas que posibiliten la existencia como sujeto (piénsese en las medidas de protección contra catástrofes y en la asistencia médica)»⁶⁰. Como puede advertirse, el presupuesto de la culpabilidad lo constituye esta correspondencia sinalgmática entre el procedimiento institucional y sus prestaciones reales a la ciudadanía. Cuando existe esta correspondencia no es posible apelar al estado de necesidad exculpante.

Ahora bien ¿qué consecuencias sistemáticas se generan en el ámbito de la culpabilidad cuando el procedimiento institucional no garantiza *las condiciones previas para una vigencia organizada del Derecho*? ¿existe un deber de dar primacía a instituciones que no protegen el orden de libertad de los ciudadanos? Está claro que quien necesita un trasplante de riñón debe estar a lo que surja del procedimiento establecido para la donación de órganos. Sin embargo ¿está obligado el sujeto necesitado a respetar dicho procedimiento en un país en el que, por ejemplo, la regla es el tráfico ilegal de órganos, de modo que no existen garantías mínimas de que su «derecho a la donación» será respetado? Este interrogante, según creo, debe ser respondido del siguiente modo: cuanto menor sean las garantías de protección que ofrece el procedimiento institucional, menor será el deber de todo ciudadano de someterse a él y, por consiguiente, mayores serán las posibilidades de invocar al estado de necesidad exculpante⁶¹.

Para llegar esta conclusión debe dejarse aclarado qué vínculo material debe existir entre el ciudadano y el ordenamiento jurídico estatal, pues dicho vínculo debe ser capaz de fundamentar, por un lado, el deber de todo ciudadano de someterse al orden jurídico estatal y, por el otro, la legitimidad de este último para imputar culpabilidad en caso de incumplimiento⁶². Así, un orden de libertades no sólo en lo formal sino también en lo material, tendrá mayor legitimidad para exigirle al autor el seguimiento de la norma que un orden que no sea capaz de proporcionar bienestar a sus ciudadanos. En la base de estas

⁶⁰ PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosóficas y configuración dogmática», p. 19.

⁶¹ En este sentido, si lo interpreto bien, SILVA SÁNCHEZ, «Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia», Revista Discusiones, nº 7, p. 34, nota 33: «*conviene no olvidar que en Estados en los que el grado de institucionalización real se mantenga radicalmente lejos de su marco normativo programático, la excepción podría tener que convertirse en regla. Sentado un determinado marco jurídico (digamos, de Estado social), existe una relación inversa entre la densidad institucional existente y el papel de la "cuasi-institución" estado de necesidad agresivo*». En nada obsta que esta opinión, que es expresada por SILVA SÁNCHEZ en el ámbito del estado de necesidad justificante, sea trasladable al ámbito del estado de necesidad exculpante.

⁶² Sobre esta temática asumo los planteamientos de SILVA SÁNCHEZ, «Presupuestos socio-político de atribución de responsabilidad penal», en FERNÁNDEZ TERUELO (Director), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Oviedo, 2013, pp. 715 y ss.

consideraciones subyace la idea de SILVA SÁNCHEZ según la cual el Estado sólo está legitimado a exigir una conducta distinta al destinatario de la norma cuando aquél a su vez se halle protegido por ésta. Según esta opinión, sólo si el ordenamiento jurídico estatal protege a un sujeto en términos de igualdad con los demás, entonces dicho sujeto se halla vinculado al referido ordenamiento y su vulneración, presupuesta la libertad moral, constituye la deslealtad que permite el reproche y la pena⁶³.

Pues bien, estas consideraciones pueden trasladarse sin mayores dificultades al ámbito de la primacía de las instituciones en el estado de necesidad exculpante⁶⁴: el sujeto necesitado está obligado a utilizar el procedimiento estatal previsto para prevenir la situación de necesidad sólo si el mismo contribuye de modo general a la protección del orden de libertades y el propio el autor se ha visto beneficiado *ex ante* por las prestaciones que ofrece de dicho procedimiento. En tales supuestos existe un deber de someterse al procedimiento aunque en el caso concreto pueda fracasar su eficiencia preventiva: el condenado está obligado a someterse a las reglas del proceso penal y soportar la condena materialmente injusta que le ha sido impuesta si el procedimiento judicial de modo general cumple con su función de protección y si el condenado ha sido potencial beneficiario de las prestaciones que ofrece el servicio de justicia al orden de libertades.

Ahora bien, la determinación de las consecuencias sistemáticas que se derivan en caso de que el procedimiento no cumpla con su función de protección del orden de libertades, obliga a formular algunas precisiones. Por un lado, es posible establecer distinciones respecto al grado de protección que ofrece el procedimiento, de modo que a menor grado de protección menor sea la intensidad del deber que tiene el sujeto necesitado de servirse de este procedimiento. Por otro lado, resulta necesario distinguir los procedimientos no ya según el grado de protección, sino según la importancia institucional del mismo. En este sentido, resulta necesario distinguir aquellos *procedimientos institucionales centrales*, que prestan un servicio fundamental para la existencia misma del Estado de libertades, de aquellos *procedimientos institucionales periféricos*, que ofrecen prestaciones fundamentales para garantizar la calidad

⁶³ SILVA SÁNCHEZ, «Presupuestos socio-político de atribución de responsabilidad penal», p. 721. Un desarrollo más profundo de este pensamiento puede encontrarse en SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, pp. 67 y ss.

⁶⁴ En otro lugar, he vinculado esta fundamentación con el instituto de la reincidencia. Sobre ello PALERMO, «Reincidencia, injusto y culpabilidad», en MALDONADO FUENTES (coord.) *Reincidencia y concurso de delitos. Reiteración delictiva*, Montevideo-Buenos Aires, 2016, pp. 168 y ss.

institucional de la vida democrática, pero de cuya eficiencia no depende su existencia. Así, el mantenimiento de un orden de libertades es inimaginable sin un sistema de justicia penal que refute con pena los comportamientos cuyo significado consista en la negación de dicho orden. En cambio, un orden de libertades con un sistema de justicia laboral endeble, seguirá existiendo pese a generar malas condiciones respecto a la distribución de la riqueza. Para expresarlo de manera drástica: un servicio de justicia laboral deficiente puede generar un orden de libertades injusto, pero sin un sistema de justicia penal un orden de libertades sencillamente no puede existir.

De esta distinción entre clases de procedimiento según su importancia institucional por una parte, y su grado de protección real por la otra se derivan importantes consecuencias sistemáticas. En *primer lugar*, si se trata de un *procedimiento institucional central*, que además funciona en la práctica, es decir, que cumple con la contraprestación cuasi-sinalgmática de protección del orden de libertades, como en el citado ejemplo del condenado inocente, existe el deber de someterse al procedimiento y no sólo no debe admitirse la exculpación por estado de necesidad exculpante, sino que tampoco cabe una disminución de la pena. En *segundo lugar*, puede que se trate de un *procedimiento institucional central* cuyo funcionamiento sea selectivo y por ello desigualitario, en cuyo caso existe igualmente el deber de someterse al procedimiento y su incumplimiento puede ser generador de responsabilidad penal. Sin embargo, un procedimiento que funciona, pero de modo injusto, no puede obligar con la misma intensidad que uno que protege de modo igualitario el sistema de libertades, de modo que dicha debilidad institucional debe plasmarse en la determinación de la pena. De este modo, el condenado inocente que elude el procedimiento de justicia penal injusto, no podrá alegar exculpación, pero sí una disminución en la determinación de la pena. En *tercer lugar*, es posible que se trate de un *procedimiento institucional central* que no funciona mínimamente, pues ha sido puesto al servicio, por ejemplo, de una justicia terrorista. Esta clase de supuestos son los únicos en los que de modo excepcional se puede admitir su elusión y, pese a ello, no imputar culpabilidad por mediar estado de necesidad exculpante.

En el caso de *procedimientos institucionales periféricos* la situación es algo distinta y las posibilidades de su elusión sin consecuencias jurídico penales son mayores según la correlación sinalgmática de dicho procedimiento con el orden de libertades. Así, un procedimiento institucional periférico que en la práctica funciona, tiene las mismas consecuencias que un procedimiento institucional

central que funciona, esto es, existe en tal caso el deber de servirse de dicho procedimiento y su elusión tiene como consecuencia la imputación de culpabilidad. En cambio, si se trata de un procedimiento institucional periférico pero desigualitario, que no ofrece garantías de funcionamiento, a diferencia del caso de un procedimiento institucional central, su elusión sí resulta posible en virtud de una actuación en estado de necesidad exculpante, pues no resulta exigible el deber de someterse a un procedimiento que ofrece una dudosa protección real y que además no resulta determinante para el funcionamiento del orden de libertades. Así, el chofer que es obligado a trabajar más horas de las previstas, en una sociedad cuyo sistema laboral no protege de manera real e igualitaria los derechos de los trabajadores, no está obligado a demandar a sus empleadores y exponerse así a un despido injustificado, cuando el sistema de justicia laboral no da respuestas rápidas a la situación del trabajador. En el mismo sentido, si el procedimiento institucional periférico no funciona de ninguna manera. Ningún procedimiento institucional, sea central o periférico, puede obligar a su seguimiento sino ofrece garantías mínimas de contraprestación

5. De nuevo el caso del *Leinenfänger*

La línea argumental que se acaba de exponer permite de algún modo reivindicar la sentencia del Tribunal del Reich en el caso del *Leinenfänger* y su interpretación inicialmente amplia de la doctrina de la inexigibilidad. En efecto, dicha doctrina nació en un contexto de ausencia de respuestas institucionales para los conflictos sufridos por amplios sectores sociales. En ese contexto, la doctrina de la inexigibilidad tuvo el significado de proponer que el Estado excluyente reconsiderara su propia legitimidad para atribuir plena responsabilidad penal a sus ciudadanos. Por ello, como señala ROBLES PLANAS, cuando el Estado no ofrece alternativas al propio sustento, un puesto de trabajo puede significar garantía de supervivencia, de modo que no sería exigible al trabajador que frente a un peligro cierto e inminente de perder su fuente de trabajo omita una eventual, aunque no inminente, acción peligrosa para integridad física de terceros⁶⁵. Se trata de un supuesto de la elusión de procedimiento institucional periférico, como es el sistema de justicia laboral, en un contexto social y económico de ausencia de protección a los intereses de los trabajadores. Desde este punto de vista, la sentencia del Tribunal del Reich aún hoy sigue siendo digna de aplauso.

⁶⁵ ROBLES PLANAS, «Caso del *Leinenfänger*», pp. 126-127.

