

# SECCIÓN DE JURISPRUDENCIA

## Comentarios a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo

Sección dirigida por  
SANTIAGO MIR PUIG  
Catedrático de Derecho Penal de la Universitat de Barcelona

### La ponderación de intereses en el estado de necesidad y el delito de tráfico de drogas

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2005)

MATEO G. BERMEJO  
Universitat Pompeu Fabra (Barcelona)

#### 1. INTRODUCCIÓN

El debate en torno al estado de necesidad evidencia las tensiones existentes entre posturas de corte utilitarista, por un lado, y aquellas de corte más bien individualista, por otro, en el debate jurídico penal. En efecto, se trata de la cuestión de si resulta legítimo que un individuo dañe los bienes jurídicos de otro o de la comunidad, con la exclusiva finalidad de preservar los propios o los de un tercero y, en su caso, sujeto a qué limitaciones valorativas (1).

---

(1) La incertidumbre acerca de la valoración que merecen los casos de estado de necesidad puede observarse en el hecho de que durante años se enfrentaron tesis que sostenían que todos los casos debían tratarse o bien como justificantes o bien como exculpantes (*Teorías Unitarias*) con aquellas que entendían que algunos casos debían resolverse como justificación y otros como exculpación (*Teorías de la Diferenciación*). Conf. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 493.

Esta confrontación entre el postulado normativo que afirma que se deben mantener de algún modo ciertos criterios de maximización de los intereses de los miembros de la sociedad considerados de modo agregativo (2) (criterio de eficiencia) y el postulado normativo que afirma que debe protegerse la vigencia de los derechos individuales y los bienes colectivos contra toda agresión externa (criterio de justicia) sólo puede resolverse acudiendo a delicados equilibrios valorativos.

En la dogmática jurídico penal, estos valores han tomado la forma de dos teorías que si bien en un principio se encontraron enfrentadas, fueron luego interpretadas como complementarias: la «teoría de la ponderación de bienes» y la «teoría del fin» (3). La teoría de la ponderación de bienes invocaba el principio: «no actúa antijurídicamente quien lesiona o pone en peligro un bien jurídico de inferior valor, si sólo de ese modo se puede salvar un bien jurídico de superior valor» (4). La teoría del fin, por su parte, entendía que «no son antijurídicas las intrusiones en intereses jurídicamente protegidos que supongan un medio adecuado para conseguir un fin reconocido por el Estado» (5).

La legislación alemana promovió la combinación de estas dos teorías en el proyecto de CP de 1962, del cual proviene el actual párrafo 34 que regula el estado de necesidad justificante. En primer lugar, se sustituyó la exigencia de la «ponderación de bienes» por el concepto algo más amplio de «ponderación de intereses» en la que el valor de los bienes jurídicos en juego es sólo una parte de la valoración que se complementa con la «teoría del fin» (6).

Con el concepto «ponderación de bienes» se hace referencia a un modelo de ponderación por el cual se compara el bien jurídico del necesitado con el del afectado, justificándose la acción si el que se salva es de mayor valor, considerados en abstracto. Por el contrario, el modelo de «ponderación de intereses» incluye en la ponderación la tasa de daño esperada sobre el objeto protegido por el bien jurídico y la probabilidad de que ello ocurra. Mientras que la ponderación de

---

(2) Sobre el carácter agregativo de las tesis utilitaristas en relación con el Principio de Proporcionalidad, ver Von Hirsch, A., «Proportionality in the Philosophy of Punishment», en *Crime und Just.*, 55, 1992, pp. 56 en adelante.

(3) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, Civitas, Madrid, 1997, p. 672.

(4) Conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 672.

(5) Conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 672.

(6) Conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 674. De todos modos, la doctrina no se pone de acuerdo acerca de qué aspectos de la valoración se realizan en el análisis de los intereses y cuáles en la ponderación de fines. Ver JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 495, y nota al pie núm. 14 en la misma página.

bienes es un modelo rígido pero simple para resolver casos, el modelo de la ponderación de intereses es más versátil pero, al mismo tiempo, como se verá, más complejo.

El análisis de la ponderación de intereses que interesa para el análisis del caso resuelto por el Tribunal Supremo, es el del *estado de necesidad agresivo*: el agente «A» sacrifica un interés de menor entidad del individuo «B» para salvar otro interés de mayor entidad, del que es titular o bien el mismo A o un tercero C, que se encuentra expuesto a un peligro que no ha sido provocado ni por A ni por C. El caso es: A para salvar a B de una muerte segura en un incendio rompe el cristal del automóvil de C, toma el extintor de incendios y lo utiliza para salvar a B.

Junto a esta especie de estado de necesidad encontramos otras dos (7), de las que no me ocuparé ya que no tienen vinculación con el caso resuelto. Por un lado, el *estado de necesidad defensivo*: el agente «A» defiende un interés de mayor entidad –propio o de un tercero «C»– sacrificando un interés del individuo «B», con la particularidad de que es el mismo «B» el que ha creado la situación de peligro para el interés mayor (8). El caso es: A causa un incendio que pone en peligro la vida de B. C toma el automóvil de A, causante del incendio, contra su voluntad, para llevar a B al hospital. Por otro lado, los casos de *disminución del riesgo existente sobre un mismo individuo*: el agente «A» pretende salvar a «B» de un peligro muy grave sobre un interés muy valioso y para ello debe ocasionarle un daño sobre un bien menor. Caso: el bombero A para salvar a un niño de una muerte segura entre las llamas lo arroja por la ventana desde un tercer piso.

En el estado de necesidad agresivo, que nos interesa en este caso, pueden identificarse tres actores: el sujeto agente, que es quien actúa en estado de necesidad; el necesitado que es aquél al que amenaza el mal y cuyo bien jurídico intenta preservarse y, por último, el afectado que es el titular del bien jurídico que debe sacrificarse. Estas definiciones permiten presentar dos casos de estado de necesidad agresivo: el estado de necesidad propio, en el que sujeto agente y necesitado coinciden: es el caso en que alguien actúa en estado de necesidad para salvar un bien propio; el auxilio necesario, es el caso en que el sujeto

---

(7) Malamud Goti es quien muestra claramente estas tres especies. En MALAMUD GOTI, J., *Legítima Defensa y Estado de Necesidad*, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1977, p. 53.

(8) Creo conveniente adelantar que en esta especie del Estado de Necesidad el hecho de que quien sufre el mal mayor haya dado origen de modo imputable jurídicamente al mal menor parece atenuar el problema que se plantea en el Estado de Necesidad Agresivo de que se perjudica a un tercero que no ha hecho nada para merecerlo.

agente y necesitado son distintas personas: el sujeto agente intenta salvar el bien de otro (9).

En el marco de este problema me ocuparé de la cuestión de la ponderación de males, entendiéndolos como costes esperados para la sociedad. El concepto de *proporcionalidad* aparecerá como un elemento co-definitorio de la necesidad de la intervención en los bienes de otro (ya sean bienes individuales o colectivos). Esta cuestión será analizada junto con otras que permiten llevar a cabo la valoración de los bienes, intereses y peligros en juego.

Luego aplicaré el modelo de análisis al caso resuelto por el Tribunal Supremo para criticar que al realizar la ponderación, por un lado, compara fenómenos muy distintos de forma inconsistente desde un punto de vista analítico y, por otro, que no resulta claro si se inclina por la ponderación de bienes o de intereses, lo que tiene importantes repercusiones en relación con el carácter *ex ante* o *ex post* del punto de partida y con el modo de incorporar la cantidad y probabilidad de daño en la cuantificación de los costes esperados.

El Código Penal Español no ofrece una definición del estado de necesidad (10), la que ha sido aportada por la doctrina, pero en el artículo 20.5 exige ciertos requisitos para su aplicación, entre los que se encuentra «*Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar*». El presente trabajo pretende contribuir a un tratamiento más claro por parte de la jurisprudencia de este requisito.

## 2. EL CASO RESUELTO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

El relato fáctico de la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de marzo de 2005 (núm. 340/2005) declara que los hechos se inician en razón de la investigación de un secuestro de cuatro personas, acción que fue realizada con la finalidad de cobrar una deuda cuyo origen no se determina en el hecho probado. En el curso de las investigaciones de este delito se realizan seguimientos de distintos individuos posiblemente vinculados de un modo u otro a aquél y que dan lugar a la intervención de 50 (cincuenta) kilogramos de cocaína.

---

(9) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 274-275.

(10) Conf. MIR PUIG, S., *Derecho Penal-Parte General*, 6.<sup>a</sup> edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2002, p. 439. También según MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal-Parte General*, 5.<sup>a</sup> edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 335.

Es en esta instancia donde aparece el fragmento del hecho que me interesa comentar. Jorge y Pedro Antonio, quienes eran seguidos por el Cuerpo Nacional de Policía en relación con el delito de secuestro, son interceptados por miembros de este Cuerpo cuando se hallaban en compañía de *Juan Francisco*, con quien habían acordado encontrarse para que este último les hiciera entrega de una partida de cocaína con un peso de unos 50 kilogramos, con una riqueza media de 80,4 por ciento, que aquellos entregarían a Jesús y Juan Pedro para su comercialización. Juan Francisco había transportado la cocaína desde Cartagena de Indias (Colombia) hasta Gran Canaria en la embarcación «Ninus II», la cual se encontraba atracada en el Puerto Deportivo de Las Palmas de Gran Canaria. En el momento de la detención, los tres se dirigían hacia dicha embarcación para hacer entrega de la droga a Jesús y Juan Pedro. La cocaína es encontrada y aprehendida por la Policía en el «Ninus II», habiendo facilitado Juan Francisco la labor policial al señalar los lugares en que se encontraba la droga.

El caso adquiere particularidades interesantes para la discusión en relación con el acusado Juan Francisco. Conforme el Tribunal Supremo, se halla probado en la causa que: *«Juan Francisco, que con anterioridad –unos dos años antes– había sido intervenido de un tumor cerebral, y que tiene una marcada tendencia a la infantilidad y la inocencia, con escasa capacidad de empatía, se encontraba antes de emprender el viaje hacia Gran Canaria en la zona de El Caribe explotando como producto de ocio la embarcación a que nos hemos referido (propiedad de su padre Gabriel, que desconocía el transporte que se realizaba), y fue visitado por persona/s no identificadas en Cartagena de Indias (Colombia) para que llevara a cabo el transporte de la droga, insinuándole que sabían cuál era el domicilio de sus padres y de su hijo, así como otros detalles de la vida privada de éstos en Barcelona, comprobando por conversación telefónica mantenida con su padre, que él también había sido visitado por algunas personas de origen sudamericano que, por la forma de hablar, le pareció pertenecían a algún grupo armado o terrorista; manifestando Juan Francisco a su padre que iba a hacer aquello a lo que le habían obligado, al ser incapaz de aceptar que causarían algún daño a su familia, como así lo hizo transportando la droga».*

La Audiencia Provincial de Las Palmas, con fecha 23 de mayo de 2003, había dictado sentencia en la que condenaba a Juan Francisco como autor criminalmente responsable de un delito contra la salud pública relativo a sustancias que causan graves daños a la salud, en cantidad de notoria importancia, concurriendo la eximente incompleta de miedo insuperable, a la pena de seis años de prisión y multa

de 1.757.750 euros, así como al pago de una octava parte de las costas procesales.

El Tribunal Supremo al tratar el recurso de Juan Francisco rechaza el argumento del estado de necesidad y acepta el del miedo insuperable de forma completa, absolviendo a Juan Francisco del delito contra la salud pública. No me centraré aquí en la aplicación de la eximente de miedo insuperable, sino que me interesa reproducir aquí los argumentos del Tribunal en relación con el estado de necesidad para discutir la falta de aplicación al caso (11).

El Tribunal Supremo argumenta en relación con el estado de necesidad que «(...) *el estado de necesidad exige como mínimo presupuesto de su apreciación la presencia de un conflicto de bienes o colisión de deberes que la doctrina define como una situación de peligro objetivo para un bien jurídico propio o ajeno, en que aparece como inminente la producción de un mal grave que deviene inevitable si no se lesionan bienes jurídicos de terceros o si no se infringe un deber. Por tanto, los requisitos esenciales o fundamentadores de la eximente, que deben en todo caso concurrir para apreciarla como incompleta, son:*

1.º *La amenaza de un mal que ha de ser actual y absoluto; real y efectivo, imperioso, grave e inminente; injusto e ilegítimo (...).*

2.º *La imposibilidad de poner remedio a la situación de necesidad recurriendo a vías lícitas, siendo preciso que el necesitado no tenga otro medio de salvaguardar el peligro que le amenaza que el de infligir un mal al bien jurídico ajeno (...).*».

Asimismo, en relación con la ponderación de bienes o intereses que me interesa en este comentario, descarta la aplicación del estado de necesidad agregando que: «*En relación al delito de tráfico de drogas, el criterio jurisprudencial es muy restrictivo en la aceptación de la justificación completa, o incompleta, en virtud del estado de necesidad. No se ha admitido justificación del estado de necesidad basado en las estrecheces o penuria económica, por entender que el mal causado por tal clase de delito es muy superior al derivado de la precariedad económica del traficante, siendo preciso en tales supuestos que se extreme la exigencia de la acreditación del estado de necesidad actual o inminente del traficante, y que también se justifique la imposibilidad de resolver la situación de necesidad por otros medios (...).*».

---

(11) Para un análisis crítico de la jurisprudencia en la aplicación de la eximente de miedo insuperable, ver el trabajo de MARTÍN LORENZO, María, «Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable», en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, núm. 16, UNED, en prensa.

A continuación realizaré un desarrollo del modelo de ponderación de intereses para, luego, someter a crítica la sentencia del Tribunal Supremo en relación con la falta de aplicación del estado de necesidad en el caso resuelto.

### 3. SOBRE LA VALORACIÓN DE LOS BIENES O INTERESES

#### 3.1 Los criterios de valoración

Existe consenso en que cualquier bien jurídico puede ser protegido por estado de necesidad (no necesita estar jurídico-penalmente protegido) (12). Superada la doctrina de la «ponderación de bienes en abstracto», ha ganado lugar «la ponderación de intereses» como un concepto que incluye en la decisión elementos valorativos que consideran las circunstancias del caso concreto (13). Estas circunstancias servirán como correctivos del valor abstracto de los bienes que se constituye en el punto de partida del análisis (14).

#### 3.2 El punto de partida: la valoración abstracta de los bienes jurídicos

El punto de partida para la determinación de los intereses en juego consiste en determinar la importancia de los bienes en cuestión (15). Un punto de partida posible es considerar el valor de los bienes jurídicos partiendo de una comparación de las penas previstas en el Código Penal para cada uno de los delitos (16). Este punto de vista es inevita-

---

(12) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 675. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, pp. 498-499. Una cuestión compleja es la de dilucidar si también pueden ser protegidos legítimamente por este medio los BJ de la comunidad; en relación con este tema ver ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, pp. 675-676.

(13) Conf. SÁNCHEZ GARCÍA, I., «El Principio Constitucional de Proporcionalidad en el Derecho Penal», en *La Ley*, núm. 4, año 1994, p. 1120.

(14) ROXIN habla de un procedimiento «tópico» que discute en todos los aspectos la totalidad de los puntos de vista, debiéndose recurrir a estas directrices para la ponderación de cada caso. Conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 683.

(15) JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 504.

(16) Así lo hace el TS, en un caso en el que también se debate la aplicación del estado de necesidad, en la sentencia del 8 de junio de 1994 (1186/1994) en la que dice: «(...) *mal en todo caso de extrema gravedad puesto que afecta a la vida, bien constitucionalmente protegido como de máxima prioridad valorativa (...), que cote-*

ble en una fundamentación democrática del Derecho Penal: en una democracia representativa, las valoraciones que realiza el legislador deben ser consideradas como las valoraciones que realiza de esos bienes la ciudadanía.

Sin embargo, esta posición presenta algunos problemas. En primer lugar, los marcos penales de la parte especial no sólo se rigen por la importancia de los bienes, sino también por su necesidad de protección y otros aspectos político-criminales, como la necesidad de disuasión. En el mismo sentido, muchos bienes jurídicos no poseen protección jurídico penal y no por ello carecen de valor, sino que razones de carácter político criminal, como el principio de subsidiariedad, pueden haber sido determinantes para la ausencia de un tipo penal específico. En segundo lugar, en muchos casos, como en los de criminalidad media, los montos de las penas se solapan, no permitiendo hacer una distinción clara entre ellos (17). En tercer lugar, considerando que no se exige un monopolio del Derecho Penal para la valoración de los bienes jurídicos, podría recurrirse a la valoración realizada en otros ámbitos del Derecho, tal como analizar el valor asignado en las reparaciones civiles a cada bien jurídico. En todo caso, es un trabajo complejo.

Se afirma que la ponderación jurídico penal puede complementarse con las reglas generales sobre la proporción valorativa de los bienes jurídicos. Roxin propone, a propósito de esta cuestión, lo siguiente: *a) los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; b) los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales, y c) la protección de la vida y la integridad fundamenta un interés superior incluso frente a la preservación de otros valores de la personalidad o de bienes jurídicos supraindividuales* (18).

Sin embargo, las reglas mencionadas no parecen ser definitivas, ya que dice Roxin a continuación: *«(...) aunque la libertad humana es en sí misma un bien jurídico más valioso que la propiedad, sin embargo, para evitar un daño patrimonial muy elevado puede estar justificada una breve*

---

*jada con el mal que pudo causarle con el tráfico de drogas clandestinamente importadas, no parece que éste sea de superior rango, puesto que el cotejo se realiza entre un delito de lesión de la vida, de superior protección en la escala valorativa, con el daño potencial (riesgo corrido) que sólo excepcionalmente afecta a la vida misma. En todo caso si atendemos a las penas respectivas de ambos males, el precio de la pena, según frase consagrada de un autor alemán, vemos que la pena de los respectivos tipos básicos se decanta en favor del primero que atenta directamente a la vida».*

(17) Todo conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, pp. 683-684, y JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, pp. 504-505.

(18) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 684.



*privación de libertad de pocos minutos y sin consecuencias (...)*» (19). Esto significa que se debe ponderar no sólo el bien jurídico en abstracto sino también cuál es la cuota de daño que se espera sobre el objeto protegido por el bien en cuestión. Así, si bien el valor de la integridad física en abstracto puede ser de 100 unidades de valor, se debe analizar el daño concreto que espera que pueda resultar de los peligros ponderables y la tasa de probabilidad de que tal daño concreto tenga lugar.

Por ello, creo que Jakobs está en lo correcto cuando dice que el topos de que la vida es siempre un valor supremo no es acertado, ya que eso imposibilitaría toda ponderación de riesgos, e incluso el riesgo permitido (20): cuando el legislador acepta una velocidad permitida en las autovías de 100 Km/h, por ejemplo, asume una cuota de riesgo para la vida de los conductores y transeúntes mayor que si ésta fuera de 60 Km/h; pero, a la vez, pondera las consecuencias positivas de la norma, tal como la mayor fluidez del tráfico, con el beneficio que ello supone para los proyectos de vida de los ciudadanos.

Es relevante cuantificar el coste social teniendo en cuenta: *a)* el valor abstracto del bien jurídico, *b)* el daño esperado al objeto protegido por el bien jurídico y *c)* la tasa de probabilidad de que se cause una lesión al objeto protegido por el bien jurídico (21). De este modo, creo que el análisis puede entenderse como un «análisis de eficiencia» que tiene en cuenta el coste y el beneficio esperados de una acción. Para eso es necesario analizar el concepto de peligro y ver cómo se establecen criterios para una combinación óptima con el valor de los bienes jurídicos en juego.

### 3.3 Sobre el concepto «peligro» en el estado de necesidad

Afrontar la vaguedad del concepto «peligro» para un objeto protegido por un bien jurídico es un problema complejo (22). En todo caso,

(19) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 685.

(20) Conf. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 505. Es cierto que, tal como dicen Posner y Sunstein, mucha gente cree que en razón de que la vida humana es preciosa no se le puede asignar un valor monetario. Sin embargo, su respuesta es que no hay otra alternativa para cumplir con los propósitos de la ley y la política pública. Las alternativas que se presentan son peores: o no asignarle ningún valor o asignarle un valor arbitrario. Conf. POSNER, E., y SUNSTEIN, C., «Dollars and Death», en *The University of Chicago Law Review*, 72:537, p. 553.

(21) En este sentido, SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El Principio Constitucional de Proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 1121.

(22) Más aún, la cuestión de si las distintas instancias de la teoría del delito deben operar con un concepto único o diferenciado de éste o si éste es un concepto relevante en el ámbito del injusto o, en cambio, en el de las condiciones objetivas de

el concepto parece hacer referencia al hecho de que *no resulte imposible la producción de un resultado lesivo como consecuencia de una conducta determinada*. La doctrina se refiere en general a que la producción del resultado, al menos, no sea improbable (23). El siguiente cuadro permite mostrar, esquemáticamente, el grado de posibilidad requerido:

| Posibilidad  | Porcentaje de posibilidad de lesión |
|--------------|-------------------------------------|
| Certeza      | 100 por 100                         |
| Muy Probable | ¿?                                  |
| Probable     | ¿?                                  |
| Improbable   | ¿?                                  |
| Imposible    | 0 por 100                           |

Así, dice Roxin, «(...) *no es preciso que el peligro sea grande. Aunque el peligro de que un accidentado muera o sufra daños en su salud si no se le transporta de inmediato al hospital, sea de un 10 por 100, de todos modos tiene sentido justificar por el § 34 la utilización de un vehículo ajeno (...)*» (24).

De todos modos, y aun cuando varíen estos porcentajes de probabilidad, lo que sí resulta claro es que el peligro sólo debe ser relevante para un estado de necesidad si sobrepasa el riesgo vital general (25). Así, por ejemplo, un conductor que ve que por su lado lo sobrepasa un automóvil que, sin embargo, va a una velocidad permitida, no puede bloquearle el paso con el pretexto de que a esa velocidad aumenta el peligro de lesiones a los intereses de otros en relación con su propia conducta.

En relación con el modo de determinar este peligro, existe consenso en acudir a la perspectiva *ex ante*. Como argumentaré, si se

---

punibilidad. El problema de la aceptación de un grado único de peligro o de varios en la teoría del delito lo menciona ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 676.

(23) Así, Jakobs dice que: «*Peligro es un estado en el que se puede pronosticar que la lesión del bien no es improbable de acuerdo con el curso causal que es de esperar*». JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 500. Por su parte, dice Roxin: «*En consecuencia, rige lo siguiente: un peligro en el sentido del § 34 se da ya cuando no sea totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico*». ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 677.

(24) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 677.

(25) Conf. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 500.

entiende que es función legítima del Derecho la dirección de conductas y que el injusto jurídico penal se encuentra edificado sobre la norma de determinación, entonces el análisis que corresponde realizar es *ex ante* (26). Lo relevante para el Derecho Penal es dirigir acciones de los ciudadanos y esto sólo puede realizarse si consideramos el análisis que debe realizar el autor potencial del hecho.

Un problema adicional es el nivel de conocimientos requerido en este observador *ex ante*. Se requiere en general que sea un observador ideal y entendido (por lo tanto, son irrelevantes las concretas capacidades del autor). Mientras Jakobs hace referencia al «experto competente» para la situación de conflicto del género que está en cuestión en sí: es decir, para los peligros de fuego, el bombero (27); Schaffstein requiere algo menos: «(...) *el juicio objetivo del observador inteligente del sector del tráfico del agente y que disponga también de los conocimientos especiales de éste*» (28). Roxin, por su parte, propone utilizar uno u otro criterio de los mencionados según que en el caso concreto existan expertos, como en el caso del bombero, o no, como en el caso de que se trate de una discusión sobre naufragos (29). En todo caso, el establecimiento de un estándar más bajo o más alto es determinante para el error sobre la situación de necesidad: un estándar que se establece apelando a medios más sofisticados favorecerá la existencia de errores, mientras que la apelación al ciudadano medio producirá el efecto contrario.

El origen del peligro puede ser una calamidad natural, un comportamiento humano, e, incluso, para algunos autores un delito (30). El límite es que si concurre una agresión antijurídica actual, ya entra en juego la legítima defensa (31). El peligro debe ser actual. Se afirma que un peligro es actual cuando «(...) *posteriormente ya no sería posible hacerle frente o sólo sería posible corriendo riesgos mucho mayores*» (32). Así, por ejemplo, se acepta que si bien no puede actuarse en legítima defensa cuando aún la acción ilegítima está en etapa meramente preparatoria (actos preparatorios), sí puede actuarse en estado

---

(26) En relación con la perspectiva *ex ante* y la función disuasoria de la ley, ver POSNER, E., y SUNSTEIN, C., «Dollars and Death», en *The University of Chicago Law Review*, 72:537, p. 554.

(27) JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 500.

(28) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 677.

(29) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 677.

(30) JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 501.

(31) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 679. En el mismo sentido MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, Editorial Reppertor, Barcelona, 2002, p. 451.

(32) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 680.

de necesidad si actuar posteriormente puede acarrear costes mucho mayores (33).

### 3.4 El Mal como coste esperado

El análisis de costes y beneficios que supone el estado de necesidad es un *análisis de eficiencia*, tal como lo define Silva Sánchez: una conducta es eficiente cuando sus beneficios globales (sociales) superan a los costes, con independencia de que estos costes recaigan sobre alguien en concreto y, en esa medida, le perjudiquen (34). La eficiencia de una conducta depende no sólo de los valores abstractos de los bienes en juego y de su afectación concreta, sino que, tal como se vino diciendo, juega un rol preponderante la tasa de peligro (posibilidad de producción del daño) que se cierne sobre los bienes.

Por ello, junto a la medida del daño que amenaza a una y otra parte, por ejemplo la gravedad de unas lesiones, también hay que tener en cuenta en la ponderación la cuestión del grado de probabilidad de su producción (35). Esta afirmación de Roxin no puede ser menos cierta. Los beneficios esperados de una acción, así como sus costes, sólo pueden medirse considerando el peligro de lesión existente.

En relación con esta situación, dice Roxin que resulta legítimo para hacer frente a un peligro concreto que implique una cierta perentoriedad, crear, solamente, peligros abstractos (36). Por ello, este profesor alemán afirma que está justificado por estado de necesidad que un automovilista que se ha dado cuenta de que hay un ladrillo entre las ruedas dobles de un camión que le precede, adelante al camión rebasando el límite de velocidad máxima permitida para avisar a su con-

---

(33) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 680. Ahora bien, la pregunta que cabe hacer, es: ¿por qué los costes deben ser «mucho mayores» y no sólo «mayores»? cuando la acción en este último caso parece ser de por sí eficiente, ya que con costes menores se logra un resultado preventivo similar. Creo que una respuesta tentativa está en la idea de «proporcionalidad»: en casos que pueden producir un adelantamiento excesivo de la intervención en el ámbito de los derechos de terceros, como en el caso de los actos preparatorios, cuando todavía el coste esperado de la acción lesiva es bajo, ya que el peligro para el BJ por razones temporales es, aún, algo lejano, sólo se puede asumir el coste social de permitir este adelantamiento en los derechos de terceros cuando el balance de costes y beneficios posterior sea muy lesivo para la utilidad social.

(34) Conf. SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Eficiencia y Derecho Penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, 1996, p. 96.

(35) En este sentido ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 690.

(36) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, pp. 690-691.

ductor, pues el peligro de que durante la marcha del camión pudiera salir lanzada la piedra y causar graves daños, era mucho mayor que el riesgo de un breve exceso de velocidad (37). Resulta claro en este ejemplo que se trata de la ponderación de posibles peligros contra la vida: mientras que el peligro para la vida (y también otros derechos) que representa que una piedra salga disparada contra el vidrio delantero de un auto es muy elevada, digamos un 50 por 100, el peligro para la vida (y otros derechos) a que da lugar un adelantamiento con leve exceso de velocidad es mucho menor, digamos un 5 por 100. Es claro que, en los términos de la ponderación de intereses, la vida puede ponderarse contra la vida.

Se trata de realizar un *análisis de eficiencia* en relación con los peligros existentes sobre ambos objetos protegidos por bienes jurídicos: 1. *El peligro externo que se dirige al objeto protegido por el interés preservado (cuya afectación constituye un mal mayor) y* 2. *El peligro que crea la acción del salvador sobre el objeto protegido por el interés sacrificado (el mal menor), de quien es titular un tercero ajeno totalmente a la situación de necesidad.* De este modo, quien para evitar un daño que se producirá con certeza si no actúa, lleva a cabo una acción salvadora que sólo en escasa medida pone en peligro a otro bien jurídico, por regla general tendrá de su parte el interés sustancialmente preponderante (38).

Así, por ejemplo, en un caso de estado de necesidad en el que hay igualdad de los bienes jurídicos (valor abstracto) y de la gravedad de la lesión a los bienes (valor concreto), si existe un 80 por 100 de probabilidad de que se produzca la lesión originada en un peligro externo a un bien, lo que se puede evitar imponiendo un 10 por 100 de probabilidad de lesión al bien de otro individuo, esta acción es eficiente. Si lo formalizamos esto se puede explicar del siguiente modo:

$$\begin{array}{rcl} \text{Valor Concreto del BJ} & = & \text{Valor Abstracto del BJ} - \text{Daño Esperado (Tasa de Depreciación)} \\ \text{"} & = & 100 - 80 \quad (\text{Daño del 80 por 100}) \\ \text{"} & = & 20 \end{array}$$

Esto puede entenderse fácilmente con una analogía con el mercado inmobiliario. Una casa que en Barcelona tenga un valor de 1.000.000 de euros perderá parte o la totalidad de ese valor si se encuentra sujeta a ciertos riesgos, tal como puede ser que se encuentre en una zona que ha sufrido continuados incendios en los últimos tiempos que la someten a un peligro de destrucción total o parcial. La tasa

(37) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 691.

(38) Conf. ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 690.

de depreciación será mayor cuanto más graves sean los incendios esperados.

Ahora bien, esto no alcanza para determinar el valor de ese bien. La tasa de probabilidad de que ocurra esa cuantía de daño también resulta determinante. Siguiendo el mismo ejemplo de la casa, si bien se sabe que si sucede un incendio en la zona, éste causaría la total destrucción del inmueble, el valor del bien variará con la tasa de probabilidad de que ocurra dicho incendio, de modo que será muy distinta si esta tasa es de un 1 por 100 o de un 50 por 100. La siguiente fórmula permite formalizar lo expresado:

$$\begin{array}{l} \text{Interés protegido} = \text{Valor Concreto del BJ} \times \text{Posibilidad de Lesión (Peligro)} = \text{Pérdida de V} = V \text{ Final} \\ \text{" (A) = } \quad 20 \quad \quad x \quad \quad 0,50 \text{ por } 100 \quad = \quad -10 \quad = \quad 10 \\ \text{" (B) = } \quad 20 \quad \quad x \quad \quad 0,10 \text{ por } 100 \quad = \quad -2 \quad = \quad 18 \end{array}$$

¿Cómo se relaciona esto con el concepto «mal» (mayor y menor) del Código Penal español? Creo que resulta claro que el concepto «mal» hace referencia a la *pérdida de valor esperada*, mencionada en la formulación anterior, y que se deriva de la tasa de probabilidad de peligro actual e inminente sobre el objeto protegido por el bien jurídico. Lo que también surge claro de este análisis es que lo que se protege es el *interés de menor valor*, en el sentido de que es el que se ha depreciado más en razón de encontrarse sometido a ciertos riesgos. Parece que resulta intolerable para el Derecho que ciertos bienes fundamentales pierdan su valor, a punto tal que autoriza la intromisión en otros derechos, autorizando su depreciación, al someterlos a peligros de daños. De este modo, se intenta minimizar las pérdidas sociales que provienen de peligros.

Veamos ahora un supuesto de ponderación de males a la luz de lo afirmado. Dos casas se encuentran en la zona de un incendio. El salvador, un vecino que ha sido bombero muchos años, conoce que, por la dirección de los vientos, la Casa A («interés protegido A») con un valor abstracto de 200 unidades de valor, se encuentra con un daño esperado de 100, con un 50 por 100 de probabilidades. La Casa B, que está a unos cuantos metros, si los vientos cambiaran también sufriría la misma cuota de pérdida, pero esto resulta imposible por la posición del fuego. En Tiempo 1, es decir, antes de la intervención del salvador, el análisis de coste/beneficio indica que se puede actuar para salvar a la Casa A incrementando la tasa de peligro que existe sobre la Casa B. Debe tenerse en cuenta que el coste (la pérdida) global social en Tiempo 1 es de 50 (ya que se trata de una pérdida esperada de un 50 por 100 sobre el valor concreto de la Casa A que es de 100, mientras que la pérdida esperada sobre la Casa B es cero, conservando su valor

total). El *coste social global de la situación es 50*, correspondiente al mal esperado sobre la Casa A.

Siguiendo este análisis, el salvador (sujeto agente), para disminuir el peligro de que la Casa A se incendie, decide rodearla con arena y una sustancia que detendrá el fuego. Sin embargo, ello supone desviar el fuego y crear un riesgo de un 10 por 100 de pérdida de 100 sobre la Casa B. La pregunta es: ¿es esta acción eficiente?

Para saberlo, se deben ponderar los riesgos que existen en Tiempo 2; es decir, analizar el riesgo potencial una vez realizada la acción salvadora y compararla con el Tiempo 1. Así, si el salvador logra disminuir hasta un 20 por 100 el peligro de producción de resultado lesivo sobre la Casa A, a costa de crear un 10 por 100 de peligro sobre la Casa B, la acción salvadora ha sido eficiente ya que el resultado del *coste social global esperado es de 30*, y por tanto menor a los 50 iniciales (ya que corresponde 20 por el 20 por 100 y 10 por el 10 por 100). Si la ponderación de males sólo se hiciera de este modo, la acción estaría justificada.

Lo curioso de esta vía de análisis es que también sería eficiente la situación en la que el vecino/exbombero disminuyera hasta 0 por 100 la posibilidad de daños en la Casa A creando a su vez un peligro de 30 por 100 sobre la Casa B, ya que el *coste social global esperado también sería 30*, menor a los 50 originales. Lo extraño de esta variante es que el mal mayor lo sufriría, ahora, la Casa B. De este modo, cualquier otro vecino podría actuar en estado de necesidad para salvar a la Casa B, volviendo a crear un mal sobre la Casa A. Debe observarse que hay un aspecto muy positivo de este valor de eficiencia global: sólo será eficiente la intervención posterior que mejore el resultado total global, generándose un incentivo para un círculo virtuoso de intervenciones hasta llegar al 0 por 100 de peligro para ambos. Sin embargo, pueden existir razones morales, vinculadas a principios de corte liberal, que impidan crear ciertas tasas de peligro sobre los bienes de terceros ajenos a la situación de peligro inicial (39).

---

(39) Así, por ejemplo, Baldó Lavilla habla del principio de asunción personal de riesgos no imputables a terceros, es decir, que «cada cual corra con los riesgos que sobre él se ciernen». Ver BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, Bosch, Barcelona, 1994, p. 169. En relación con el complejo problema de los límites del deber de tolerar la intromisión de terceros que actúan en estado de necesidad en derecho propio y las consecuencias legales de infringirlo, ver BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, pp. 176 en adelante, y, así mismo, SILVA SÁNCHEZ, J. M., «Derechos de Necesidad Agresiva y Deberes de Tolerancia», en *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Civitas, Navarra, 2005, pp. 1007 en ad.

#### 4. PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad se ha erigido en un criterio de legitimación que cruza gran parte del ordenamiento jurídico en el ámbito del Derecho Público (40). El principio pretende regular toda intervención estatal en el entorno social. En el ámbito del Derecho Penal la proporcionalidad se plantea como un principio que vincula en abstracto la gravedad de la pena con la gravedad del hecho cometido pero que, también, es un criterio para la previsión y concreción de las causas de justificación y para la determinación de causas de disminución de la culpabilidad específicas (41).

El concepto «proporcionalidad» tiene un carácter relacional, ya que sus atributos definitorios se relacionan entre sí, de modo que no puede comprenderse el «mal menor» sin hacer referencia al «mal mayor» ocasionado. No se trata de un concepto descriptivo sino valorativo; es decir, no pretende describir cómo es la relación entre los males en cuestión, sino cómo debe ser (42).

Creo que pueden adoptarse dos perspectivas en relación con el principio de proporcionalidad: una deontológica, que acuda a ciertos principios últimos para definir la relación en cuestión, o una consecuencialista, que tenga en cuenta los costes y beneficios en términos de libertad en la ponderación de males. En suma, la segunda alternativa se trata de un análisis de eficiencia. En este sentido, el principio de proporcionalidad se relaciona, como lo propone Lascuraín Sánchez, con una cierta economía de la libertad (43).

---

(40) Conf. SÁNCHEZ GARCÍA, I., *El Principio Constitucional de Proporcionalidad en el Derecho Penal*, p. 1115.

(41) Conf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», en *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, p. 183. En relación con la exigente de miedo insuperable, defiende la necesidad de cierta proporción entre mal generador del miedo y el causado con la acción MARTÍN LORENZO, María, «Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable», p. 22.

(42) En este sentido, dice Lascuraín Sánchez, *La idea de proporcionalidad pertenece a la deontología del Derecho, no a su ontología; no señala un elemento definicional, una propiedad o una consecuencia de la naturaleza del Derecho, sino una exigencia que impone un determinado criterio de justificación del mismo*. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», p. 159.

(43) Conf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», p. 161. Así, dice Lascuraín Sánchez, que «(...) la evaluación de la norma que en términos de libertad exige el principio de proporcionalidad es una evaluación global de sus costes y beneficios». Conf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», p. 167.



Este autor entiende que el principio de proporcionalidad está conformado por dos presupuestos y dos juicios. Los presupuestos son: 1. Que el *fin* perseguido por medio de la restricción de libertad sea *legítimo* y 2. Que el *medio utilizado sea idóneo* para obtener ese fin legítimo. Si estos presupuestos no tienen lugar, ya sea porque el fin perseguido es ilegítimo o porque el medio utilizado para lograrlo es inidóneo, la desproporción proviene palmariamente del intercambio de algo de libertad por nada (44).

Este autor se interesa por la relación de proporcionalidad entre la pena y el delito cometido; pero el análisis resulta totalmente aplicable al análisis del estado de necesidad, ya que se trata de un concepto general de proporcionalidad. Así, el fin perseguido hace referencia, en nuestro caso, a la protección de un interés jurídicamente valorado y el medio utilizado al interés afectado con la finalidad de salvar a aquél. Así, por ejemplo, quien intenta salvar un objeto que carece de protección jurídica (verbigracia, una cosa abandonada por su anterior propietario) no puede poner en peligro un interés jurídicamente protegido, aun cuando se trate de una afectación ínfima: se causa un daño social (en términos de libertad) para salvar algo que carece de valor alguno. Así mismo, quien intenta salvar un interés jurídicamente protegido (digamos, un edificio de varios pisos que está totalmente en llamas) por un medio absolutamente inidóneo (rompiendo el vidrio de un auto para tomar el pequeño extintor de fuego que se encuentra dentro de él) o por un medio supersticioso (como romper el escarapate de una santería para tomar un objeto de magia negra y comenzar a bailar frente al edificio) habrá afectado de modo desproporcionado la propiedad, ya que ha causado de modo imputable la afectación de un interés jurídicamente protegido siendo imposible obtener de ello algún beneficio social.

Ahora bien, una vez que se ha superado el análisis de los presupuestos, ya que el fin al que se dirige la acción es legítimo y el medio utilizado es idóneo, procede el análisis de los dos juicios en los que consiste el *juicio de proporcionalidad*. Estos dos juicios son: el *juicio de necesidad* y el *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*.

El juicio de proporcionalidad, por medio de los dos juicios que lo conforman, compara dos magnitudes, el medio empleado y el fin perseguido, es decir, el interés sacrificado y el interés preservado. Esta comparación se realiza contando con una unidad de medida común, que Lascuráin Sánchez describe como Libertad, pero que puede ser

---

(44) Conf. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», pp. 163-167.

cuantificada en una unidad de medida numérica. Para ello, resulta necesario, tal como se ha dicho, otorgar un valor a los distintos bienes jurídicos en abstracto, ponderando luego el daño potencial a producirse y la tasa de posibilidad de que tal daño tenga lugar.

El *juicio de necesidad* tiene la función de abrir el análisis de la acción realizada a un juicio sobre la eficiencia de *acciones alternativas hipotéticas* que teniendo una eficacia similar en la protección del interés preservado puedan llevarse a cabo con menores costes, es decir, causando un daño menor en el interés sacrificado (45). Así, por ejemplo, en el ejemplo de la Casa A y B, sí se podía disminuir sobre la Casa A en igual medida, pero creando sobre la casa B una tasa de peligro menor.

El *juicio de proporcionalidad estricta*, por su parte, es un juicio puramente interno, que coteja los costes y los beneficios globales de libertad de una acción, en el caso del estado de necesidad. Debe observarse que en este nivel de análisis no se compara la acción con alternativas hipotéticas sino que es un análisis interno de los costes y beneficios de la acción. Así, *la proporción estricta de la acción salvadora habrá de ser evaluada en función de los costes y beneficios globales de la libertad que la misma comporta* (46). Esto puede observarse en la comparación entre la relación de eficiencia de Tiempo 1 y Tiempo 2 en el caso de la casa incendiada.

Así, una acción puede ser proporcionada en sentido estricto ya que salva un interés de mayor valor que el sacrificado pero, al mismo tiempo, no pasar el análisis de necesidad ya que tenía a su disposición una alternativa menos lesiva y, por lo tanto, menos costosa para la sociedad (47).

## 5. BREVE DIGRESIÓN SOBRE LA PONDERACIÓN DE INTERESES EN LA COLISIÓN DE DEBERES

Si bien el caso que comento no se encuentra vinculado al problema dogmático de la colisión de deberes, creo que resulta intere-

---

(45) LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», p.167.

(46) En este sentido, pero siempre referido a la relación de proporcionalidad entre la pena y la gravedad del delito, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., «La proporcionalidad de la norma penal», p. 169.

(47) En relación con el debate acerca de la imposición de límites cualitativos al análisis cuantitativo, ver BALDÓ LAVILLA, F., *Estado de Necesidad y Legítima Defensa*, pp. 165 en adelante.

sante mostrar cómo se aplica a estos casos el modelo de ponderación de intereses desarrollado.

La colisión de deberes requiere que, al menos, dos deberes diferentes se dirijan a un mismo destinatario, con contenido distinto, en unas mismas coordenadas de tiempo y lugar (48), sin que sea posible, por ello, cumplir ambos. Nos encontramos ante el universo de casos como los del padre que se encuentra ante la situación de que sus hijos se están ahogando y sólo tiene fuerzas para salvar a uno de ellos.

Son imaginables tres combinaciones de colisión de deberes: *a)* colisión de deberes de acción; *b)* colisión de un deber de acción con otro de omisión y, por último, *c)* colisión de deberes de omisión. Sin embargo, la tercera opción, la colisión de deberes de omisión, no puede constituir una colisión de deberes, pues cualquiera puede omitir simultáneamente diferentes acciones de no matar, no robar, no violar, etcétera (49). Para que haya colisión de deberes debe haber, al menos, un deber de acción, es decir, estar comprometido al menos un tipo omisivo o de comisión por omisión. Así, existen dos supuestos de colisión de deberes: colisión de dos o más deberes de acción y colisión de un deber de acción con otro de omisión. Sin embargo, una parte de la doctrina sólo admite la colisión de dos deberes de acción, es decir, de dos tipos omisivos (50).

Tanto la llamada colisión de bienes como la colisión de deberes se agrupan bajo el supraconcepto de estado de necesidad (51). La colisión de bienes y la colisión de deberes tienen en común su concreción en un bien jurídico y la existencia de un deber general incumplido (52). Pero también pueden identificarse algunos criterios diferenciadores como que en el conflicto de deberes resulta forzoso optar por una de las posibilidades que ofrece la alternativa, cosa que no ocurre en la colisión de bienes, ya que no hay deber de actuar sino sólo un derecho (53).

La doctrina afirma que en caso de *colisión de deberes de distinto género*, como en caso de una colisión entre una posición de garante y un deber de socorro del 195, prevalece el deber de garante; ejemplo:

---

(48) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 68-9.

(49) Conf. SCHMIDHÄUSER, cit., por CUERDA RIEZU, A. *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 83. En el mismo sentido, JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 541.

(50) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 725.

(51) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 256.

(52) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 259.

(53) CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 263.

en un accidente, el padre debe salvar de un peligro mortal ante todo a su hijo antes que a terceros. Si los *deberes son del mismo género pero de distinto rango*, como el caso de dos deberes de garante, uno para la protección de la vida frente a otro para proteger cosas, prevalece el de mayor rango. En caso de *igual género y rango de los deberes* se afirma que se debe dejar en libertad al sujeto agente para que opte libremente por uno u otro (así, por ejemplo, en caso de deber de garante para la protección de la vida de dos hijos) (54). Este modelo parece un análisis rígido paralelo al de *ponderación de bienes* en lugar del más flexible y complejo de la *ponderación de intereses*. Un modelo de ponderación similar al de la ponderación de intereses, ya analizado, debe considerar no sólo el valor del tipo de deber (*género*) y el valor de los bienes protegidos (*rango*) sino también las concretas posibilidades de daño en el caso concreto.

Por ello, también se aceptan casos en los que una posición de garante debe ceder ante un deber de socorro, cuando el primero se refiere al patrimonio y el segundo a la vida de una persona. En este sentido, Roxin afirma que no sólo debe considerarse el estatus de los deberes sino que también debe considerarse el valor de los bienes jurídicos. Así, si en un incendio el vigilante de un museo sólo puede salvar o bien una valiosa pintura o bien a un niño pequeño, sólo actuará justificadamente si socorre al niño aun cuando era garante de los daños ocurridos. También son importantes, continúa este autor, la gravedad del daño y el grado de peligro que amenaza: hay que salvar a un herido grave frente a un herido leve. Asimismo, si está en juego la salvación de la vida de un desconocido que ha sido víctima de un accidente, no estará justificada la actuación del padre que en vez de eso vanda la herida leve de su hijo. Así, propone Roxin, el deber general del socorro en los casos más serios tendrá prioridad frente a una posición de garante referida a la preservación de bienes patrimoniales (55).

Coincido con estas propuestas de Roxin pero, si esto es así, debe aceptarse que no parece que el género y grado de los deberes en juego sean argumentos que operen como cartas ganadoras, sino que simplemente operarían en el sentido de que el deber de género o grado supe-

---

(54) Conf. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 537. En sentido similar dice Cuerda Riezu, que cuando la antinomia surge de un conflicto de deberes de distinto valor el deber de valor superior tiene preferencia sobre el de menor rango. Sin embargo, cuando se trata de dos deberes del mismo valor la opción se relega al obligado por medio de la libertad de elección. CUERDA RIEZU, A., *La colisión de deberes en Derecho penal*, p. 269.

(55) ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 728.

rior tendría una suerte de ventaja competitiva que le otorgaría un valor adicional al momento de ponderar costes y beneficios, pero que también entra en la ponderación (aunque, seguramente, con un valor asignado relativamente alto).

Así, debe incorporarse en el análisis el daño potencial para los bienes y la posibilidad de producción del resultado lesivo (56). Así, creo que, aun en caso de colisión de deberes de igual género y rango, es decir, de, por ejemplo, dos posiciones de garante que tienen como objeto de protección la vida, se puede resolver a favor de uno de ellos. No sólo debe considerarse el valor abstracto de los bienes en juego y el daño concreto esperado, sino también la posibilidad de que esos resultados sucedan.

Pero en el caso de la colisión de deberes debe agregarse un punto adicional, que es mencionado por Jakobs de un modo un tanto solapado: *debe optarse por la salvación de aquel bien que presenta más posibilidades de ser salvado* (57). En la colisión de deberes no sólo se hace un análisis de depreciación como se hizo antes, sino que se ha de agregar un análisis de «apreciación potencial» de los bienes en juego: *cuál objeto protegido puede salvarse y con qué porcentaje de posibilidad*. Al fin y al cabo, si uno hubiera realizado una inversión en sendas empresas que están con serios problemas financieros, pero mientras una de ellas se puede rescatar con un 80 por 100 de probabilidades mientras que la otra sólo con un 10 por 100; ¿dónde es eficiente invertir el dinero que nos queda? Resulta evidente que en la que puede ser salvada con mayor probabilidad.

Tomemos un ejemplo para ilustrar este planteamiento: dos niños de un año duermen en sendas habitaciones en una casa que se está incendiando. El niño A duerme en un habitación que se encuentra al lado de la entrada de la casa y tiene una ventana a la calle. El niño B en otra que se encuentra en el fondo de la casa que ha sido tomada en gran parte por las llamas y no tiene una salida fácil a la calle. El padre que está en la puerta puede salvar a A fácilmente, con un 100 por 100 de probabilidad (es decir, con certeza), mientras que sólo existe un 10 por 100 de probabilidades de salvar a B. El padre opta por salvar a B. Finalmente logra salvarlo mientras que A muere en el incendio. El padre ha cometido un injusto de homicidio de A en comisión por omisión, ya que tenía el deber de salvar a aquel hijo que *ex ante* tenía más posibilidades de ser salvado. Cabe, por supuesto, la posibilidad de

---

(56) En el mismo sentido, ROXIN, C., *Derecho Penal-Parte General-tomo I*, p. 728.

(57) Conf. JAKOBS, G., *Derecho Penal-Parte General*, p. 537.

analizar posibles errores en la apreciación de las posibilidades de salvamento o de eximir de responsabilidad al padre por razones vinculadas al análisis de la culpabilidad.

## 6. APLICACIÓN DEL MODELO DE ANÁLISIS DE LA PONDERACIÓN DE INTERESES AL CASO RESUELTO POR EL TRIBUNAL SUPREMO

La primera crítica que puede hacerse a la sentencia del Tribunal es que no profundiza en la consideración del valor abstracto de los bienes en juego. Esta parece ser una cuenta pendiente de gran relevancia, ya que la determinación del valor abstracto de los bienes es el punto de partida de todo el análisis de ponderación, tanto para el modelo de ponderación de bienes como de intereses (58).

La segunda crítica que puede realizarse a la sentencia del Tribunal Supremo, y que aparece vinculada a la primera, es que no resulta claro del análisis que realiza para descartar la aplicación del estado de necesidad si utiliza el modelo rígido de ponderación de bienes o el de ponderación de intereses analizado. Como se ha dicho, el primer modelo de análisis lleva a considerar el valor en abstracto de la vida o integridad física de los padres de Juan Francisco frente al valor abstracto del bien jurídico salud pública. El segundo modelo implica partir de dichos valores abstractos, considerar la tasa de probabilidad de que ocurra un daño a la vida o integridad física de los padres y ponderarlo con el daño social esperado que ocasionan los 50 kilos de cocaína traficados.

En tercer lugar, en relación con el delito de tráfico de drogas se produce una virtual derogación del instituto del estado de necesidad consecuencia de una errónea ponderación de dos magnitudes distintas: la disminución de un peligro que se deriva directamente de la acción del sujeto agente (como es en este caso la evitación de

---

(58) Es cierto que ponderar el valor abstracto de bienes tan dispares como la vida y la salud pública resulta complejo, hecho que queda patente en tres decisiones jurisprudenciales previas del Tribunal Supremo. En la 1186/1994 el Tribunal Supremo dijo que el peligro que había en el caso para la vida humana era de mayor valor que el de la salud pública, donde sólo mediatamente se pone en peligro la vida, mientras que en la 1652/2000 dijo que el mal que se trataba de evitar, salvar la vida o la salud de una persona podía considerarse de nivel equiparable al mal consiguiente al delito de tráfico de drogas, mientras que en la 1957/2001 se dijo que el mal de hipotética causación a la salud pública se considera mayor que el que se trataba de evitar, un daño contra la salud y la vida de un hijo del imputado.

un daño a la vida o integridad física de los padres de Juan Francisco) y la creación de un peligro que no se deriva de la acción de dicho agente sino de la acción de innumerables acciones de múltiples traficantes de drogas (el daño a la salud pública). En relación con esta cuestión, creo que el Tribunal Supremo tiene dos alternativas para ponderar correctamente: 1. aislar los costes y beneficios de esa concreta acción, es decir, en este caso, ponderar el beneficio en términos de disminución de riesgo para los bienes individuales de sus padres con los daños potenciales esperados de la venta de 50 kilogramos de cocaína, o 2. ponderar las consecuencias de la creación de una regla supuesta en su acción: el Tribunal Supremo debe considerar cuáles son las consecuencias que tendría en términos de coste/beneficio para la sociedad permitir, en todos los casos, que se pueda traficar drogas en casos de peligros para la vida y/o la integridad física, ponderando con los costes sociales de la existencia de un mercado ilegal de drogas. Mezclar estas dos magnitudes, es decir, ponderar los beneficios concretos de la acción salvadora individual –la disminución del peligro existente para la vida e integridad física de los padres– con una magnitud distinta, como los efectos sociales globales de innumerables acciones individuales de tráfico de drogas, es, como suele decirse, comparar peras con manzanas. Sin embargo, esta última alternativa es la que late en el postulado de la restricción del estado de necesidad en estos casos (59).

---

(59) El erróneo criterio de ponderación que consiste en ponderar el daño individual que pretende evitar quien trafica drogas con el daño social global que origina la existencia de un mercado ilegal del consumo de drogas, ha sido sostenida por el Tribunal Supremo en más de una ocasión. Así, el Tribunal Supremo ha denegado la aplicación del estado de necesidad en el caso de quien traficaba 1.650 gramos de cocaína, argumentando que: «*La jurisprudencia de esta Sala [...] ha mantenido una línea constante en materia de narcotráfico, sobre todo en el tráfico de las llamadas drogas duras, como por excelencia lo es la cocaína, en el sentido de rechazar la exigente completa o incompleta por entender que este delito constituye actualmente uno de los más graves males sociales por las gravísimas consecuencias –calificada en alguna sentencia de catastróficas– con un amplio espectro negativo en las personas afectadas y en sus familias y que representan, por decirlo con palabras de la Convención de Viena de 20 de diciembre de 1988, suscrita por España, “una grave amenaza para la salud y bienestar de los seres humanos libres y menoscaban las bases económicas, culturales y políticas de la sociedad”*» (STS núm. 111/2003, de 3 de febrero).

Asimismo, en la Sentencia de 10 de febrero de 2005 (núm. 186/2005), caso en el que se traficaba con 1.875 gramos de cocaína, se argumentó para ponderar intereses: «*No cabe duda alguna –ha dicho esta Sala– que el tráfico de drogas, como la cocaína, constituye actualmente uno de los males sociales más graves, en razón a las gravísimas consecuencias que su consumo ocasiona, consecuencias que abarcan un*

En cuarto lugar, en mi opinión, el Tribunal Supremo debe considerar que los daños producidos por el consumo de drogas son autoinfligidos por los consumidores, cosa que no ocurre en el caso del daño a los padres. En efecto, si el bien colectivo salud pública puede interpretarse como una forma de adelantamiento de la protección de la vida e integridad física (como parece hacerlo el mismo Tribunal Supremo en el fundamento tercero de la sentencia de 8 de junio de 1994, núm. 1186/1994), debe considerarse que son los mismos individuos titulares de esos bienes los que los dañan. Por ello, debe considerarse en la ponderación que en un caso se está ante actos voluntarios de autolesión y en otro ante una lesión no voluntaria.

En quinto lugar, una cuestión a destacar es que la ponderación de los bienes en abstracto, sin considerar cuál es la tasa de probabilidad de que los resultados lesivos sobrevengan (ambos, el peligro actual e inminente y el creado por el agente salvador), puede tener efectos no deseados. Un modelo de análisis como el de la ponderación de intereses, tal como se la ha descrito, permite adaptarse mejor a la diversidad de situaciones en las que entran en conflicto distintos bienes jurídicos (60). En efecto, tomar en cuenta la cantidad de daño esperado y la tasa de probabilidad de que ese daño suceda permite una consideración adaptada a las particularidades del caso concreto. Sin embargo, el Tribunal Supremo parece ponderar por un lado un peligro (el que corren los padres de Juan Francisco) contra un daño ya existente (el daño macrosocial que produce el mercado de las drogas prohibidas). Asimismo, si de lo que se trata es de motivar al ciudadano a actuar en un sentido u otro (en nuestro caso, intentar salvar o no el bien en cues-

---

*amplio espectro, desde la ruina física, psíquica, económica y social del adicto, a la destrucción de las relaciones familiares, con el subsiguiente e inevitable sufrimiento que ello supone, sin olvidar la fuente inagotable de delincuencia con resultados siempre dramáticos y con frecuencia trágicos que tal tráfico genera. La desproporción entre los intereses enfrentados en el caso de autos se muestra tan evidente y abrumadora, que no precisa de mayores comentarios para poner de manifiesto la primacía que ha de otorgarse a la salud colectiva sobre una particular situación de dificultad económica, que en ningún caso permitiría justificar una agresión a la salud de la comunidad de la gravedad y consecuencias como las que supone el consumo de sustancias tan nocivas como aquellas con las que traficaba el acusado».*

En ambos casos, se atribuyó como daño del tráfico de menos de 2.000 gramos de cocaína el resultado lesivo global de la existencia de un mercado ilegal del consumo de drogas. Todo ello frente al peligro existente para los bienes de un solo individuo, que intenta proteger quien actúa en estado de necesidad.

(60) Indican esta diversidad de situaciones MUÑOZ CONDE, F., y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal-Parte General*, 5.<sup>a</sup> ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 338.



tión) y el injusto jurídico penal se rige por la tasa de peligro o riesgo que corren los objetos protegidos por bienes jurídicos en cuestión, resulta que debe considerarse *ex ante* la probabilidad de que el daño del peligro actual e inminente se realice y la tasa de probabilidad de que se realice el daño al tercero.

En sexto lugar, la tesis del Tribunal Supremo por la cual se deroga virtualmente el instituto del estado de necesidad en relación con casos de tráfico de drogas, si bien tiene un trasfondo criminológico —el hecho de que resulta relativamente fácil a las organizaciones criminales «construir» la situación de necesidad— y político —los compromisos del Estado español en materia de lucha contra el narcotráfico— comprensibles, no resulta correcta. Es al legislador a quien corresponde dictar normas generales que lleven a cabo una regulación específica del problema.

Por último, si el Tribunal Supremo hubiera analizado el estado de necesidad con más detenimiento se hubiera planteado la cuestión de si Juan Francisco o sus padres pudieron recurrir a la policía, de modo de evitar el daño social en que se incurrió. Es decir, si el Tribunal Supremo hubiera analizado en profundidad la posible aplicación del estado de necesidad hubiera debido considerar si existían a disposición medios menos lesivos o no lesivos para la sociedad que permitieran reducir el peligro para los padres en el mismo grado (proporcionalidad) de modo que la acción no fuera necesaria (juicio de necesidad). Ante esta circunstancia, el Tribunal debe determinar si la acción es *ex ante* necesaria para el autor, por no disponer de otras medidas concretas y posibles a su alcance, no siendo suficiente una evaluación a priori sobre alternativas en abstracto (61). Asimismo, debe considerarse la idoneidad de esas alternativas y cuál es el efecto que tiene esta alternativa de acción en términos de aumento de la probabilidad de lesión del bien que se pretende proteger (es decir, en nuestro caso, si intentar poner sobre aviso a la policía aumenta la probabilidad de lesión a los padres y en qué medida).

## 7. CONCLUSIONES

La sentencia del Tribunal Supremo evita entrar en el análisis del estado de necesidad con base en el argumento de que la jurisprudencia

---

(61) En este sentido, MARTÍN LORENZO, María, *Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable*, p. 18.

del Tribunal es muy restrictiva para reconocer esta causa de justificación en casos de tráfico de drogas. Esto parece significar que el Tribunal retoma los fundamentos en relación con el daño social que causa el mercado ilegal de drogas.

Esta decisión presenta diversos problemas. En primer lugar, no aclara el valor abstracto que otorga a la vida y a la salud pública, bienes que están sujetos a ponderación. Asimismo, no establece si para ponderar utiliza el modelo de ponderación de bienes o el de ponderación de intereses. Por otra parte, la virtual derogación del instituto del estado de necesidad para los casos de tráfico de drogas presupone una errónea ponderación de intereses: el Tribunal pondera el daño esperado contra un bien en particular que el agente busca evitar contra el daño social ocasionado por la existencia de un mercado ilegal de drogas, daño que no resulta atribuible sino muy parcialmente (en la medida de la cantidad y calidad de lo traficado) a la acción del agente.

El interés en juego sólo puede definirse considerando no sólo el valor abstracto otorgado a los bienes jurídicos sino también el daño concreto esperado y la tasa de probabilidad de que ocurra ese daño concreto. Asimismo, la ponderación debe establecerse en relación con los efectos de la acción del individuo; no resulta correcto atribuir al individuo el efecto lesivo de una innumerable cantidad de acciones de otros individuos (el daño social que produce el mercado ilegal de drogas).

Del examen de la sentencia comentada y de las citadas puede observarse que existe una variedad de soluciones en relación con el valor abstracto de los bienes y de su ponderación que no aporta seguridad jurídica. Asimismo, la postura del Tribunal Supremo de no reconocer el estado de necesidad, en casos en que al menos cabe plantearse su aplicación, en razón de apocalípticas consecuencias que no resultan atribuibles a una acción individual reflejan una línea jurisprudencial *ad hoc* para los casos de tráfico de drogas que parece dispuesta a rebasar las estructuras dogmáticas reconocidas (62).

El Tribunal Supremo debió continuar con la jurisprudencia dictada en casos anteriores (núms. 1186/1994, de 8 de junio, 1652/2000, de 30 de octubre, y 1957/2001, de 26 de octubre) en las que entró a analizar con más detalle la cuestión del estado de necesidad y aceptó, al

---

(62) Una cuestión similar en relación con la variedad de soluciones dogmáticas que se utilizan en la eximente de miedo insuperable en casos de tráfico de drogas destaca MARTÍN LORENZO, María, *Sobre la perpetuación de una interpretación jurisprudencial insostenible del miedo insuperable*, p. 26.

menos, la eximente incompleta. El peligro existente para la vida de los padres debe considerarse, en mi opinión, como de superior valor que el bien jurídico colectivo salud pública. Pero, éste, en todo caso, es un problema que debe enfrentarse e intentar resolverse con los instrumentos teóricos adecuados. Lo hasta aquí expresado ha pretendido ser una contribución en ese sentido.