



**UNIVERSIDAD DEL AZUAY**

**TESINA PARA LA ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO PENAL**

**TEORÍA DEL DELITO**

**CONSIDERACIONES SOBRE LA REGULACIÓN DEL ESTADO DE  
NECESIDAD EXCULPANTE EN EL SISTEMA PENAL ECUATORIANO EN  
RELACIÓN A LOS BIENES COMUNITARIOS**

**Por: Iván Granda Molina.**

**Agradecimiento:**

**A mis compañeras Janeth y Cristi, bondadosos seres humanos que cada vez me enseñan la importancia de las cosas sencillas y la ponderación de lo que verdaderamente tiene sentido en la vida.**

**Al profesor Javier de la Fuente por su comprensión y apoyo.**

**Dedicatoria:**

**A mis hermosos y tiernos hijos, Juanse y Amelia, quienes nutren mi corazón con los mejores sentimientos y llenan de luz mi existencia.**

**A mi padre, que paso al silencio, por su enorme legado de honradez, pasión y franqueza.**

**Culmino con una frase celebre:**

*"Ayudar al que lo necesita no sólo es parte del deber, sino de la felicidad." José Martí.*

## **RESUMEN**

**En la presente tesina se analiza, desde la doctrina, el estado de necesidad justificante y exculpante y se interroga sobre si este es procedente respecto de su aplicación con relación a los bienes comunitarios. Para ello primero se realiza un acercamiento a las concepciones que tienen varios autores sobre la antijuricidad, la noción de peligro, el estado de necesidad justificante y exculpante, analizándolos particularmente en relación a los bienes de carácter comunitario.**

**Se procede luego a señalar los cambios que se han producido en la constitución del Ecuador aprobada en septiembre de 2008 y la normativa penal ecuatoriana existente en esta materia. Al finalizar se realizan las conclusiones y recomendaciones respecto de este importante tema.**

## **ABSTRACT**

**The present research paper analyzes, from the doctrine's point of view, the cases of Necessity as a justification or an exculpation, and it questions whether it is appropriate to apply it to community goods. In order to do so, we will approach the different conceptions that authors have about unlawful acts, the notion of danger, necessity as justification and exculpation; analyzing them specially in relation to community goods.**

**Afterwards, we will point out what changes have been included in Ecuador's Constitution after September 2008 and we will describe the existent Ecuadorian Criminal Law on the subject. Finally, we will arrive to the conclusions and recommendations regarding this important topic.**

**INDICE:**

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>5</b>
<b>PLANTEAMIENTO DEL TEMA.....</b>	<b>6</b>
<b>2.- CONCEPTOS PRELIMINARES:.....</b>	<b>8</b>
a) Antijuricidad.-	
b) Noción de peligro.-	
c) Estado de Necesidad.-	
<b>ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE.....</b>	<b>12</b>
<b>FUNDAMENTOS DE LA EXCLUSIÓN DE CULPABILIDAD EN LA DOCTRINA.....</b>	<b>14</b>
<b>BIENES JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE.....</b>	<b>15</b>
<b>LA REGULACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO.....</b>	<b>18</b>
<b>BIENES DE CARÁCTER COMUNITARIO.....</b>	<b>20</b>
<b>EL ESTADO DE NECESIDAD FRENTE A LOS BIENES DE CARÁCTER COMUNITARIO.....</b>	<b>22</b>
<b>NORMATIVA ECUATORIANA EN RELACIÓN A LOS BIENES COMUNITARIOS.....</b>	<b>24</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>27</b>
<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>32</b>

## **INTRODUCCIÓN**

El derecho es un fenómeno social, un producto cultural. Es la ciencia social más antigua y cultivada, un fenómeno exclusivamente humano. Para su estudio correcto debemos acudir a la fuente donde se origina y a sus actores; consecuentemente, se impone una labor de análisis sistemática, dialéctica, que comprenda la génesis, los micro-ambientes, los cambios profundos en que está inmerso el ser humano y por ende su ambiente conductual, su código axiológico.

Desde esta perspectiva, no podemos dejar de mencionar el nuevo marco constitucional ecuatoriano, en donde se estructura una nueva forma de convivencia, en el marco de un estado constitucional de derechos, superando la tradicional alusión a la conformación del Estado como “estado de derecho”, anclada en la tradición liberal de sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico. Va más allá pues define al Estado desde su vinculación a los derechos y con ello pone al individuo como la razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico.

Por ello esta tesina pretende analizar el estado de necesidad justificante y exculpante, visualizándolo en el marco de este nuevo modelo político social y propone un afinamiento del Código Penal para ponerlo a tono con la nueva constitución.

## **PLANTEAMIENTO DEL TEMA**

Partiremos de un enfoque que explique el porqué de las causas de justificación, lo que conlleva a señalar que el ordenamiento jurídico, como expresa Muñoz Conde, no sólo se compone de prohibiciones sino también de preceptos permisivos que autorizan a realizar un hecho, en principio, prohibido<sup>1</sup>.

El Estado de necesidad es una de las llamadas “causas de justificación” que excluyen la antijuricidad de una conducta típica<sup>2</sup>. Una causa de justificación presupone que dos intereses colisionan entre ellos de tal manera que solo uno de ellos puede imponerse. Por otra parte, la doctrina (Gimbernat, Kuper, entre otros) analiza también la

---

<sup>1</sup> Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, 2000, p. 351

<sup>2</sup> Roxin Claus, Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas S.A., 1997, p. 557

procedencia de un estado de necesidad “exculpante”, que inhibe la culpabilidad (Art. 35 del Código Alemán)

Las causas de justificación trazan la frontera entre lo justo y lo injusto, las causas de exculpación no tienen que ver con lo debido, sino con la procedencia de una sanción penal ante una conducta socialmente errónea, perpetrada bajo circunstancias especiales.

La causa de justificación supone el sacrificio del interés ajeno como único medio para salvaguardar el propio, considerado más valioso o importante de acuerdo con una jerarquía de los bienes jurídicos. De acuerdo con el Art. 24 del Código Penal Ecuatoriano “No se impondrá ninguna pena al que, en la necesidad de evitar un mal ejecuta un acto que produzca daño en la propiedad ajena, siempre que sea real el mal que se haya querido evitar, que sea mayor que el causado para prevenirlo, y que no haya habido otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo”<sup>3</sup>. Es decir, para que pueda alegarse el Estado de Necesidad como justificación, es necesario que se cause un mal menor para evitar un mal mayor, aplicando un criterio de medida basado en el principio de ponderación de bienes. Así, el homicidio nunca puede justificarse por estado de necesidad porque no se puede jerarquizar las vidas humanas.

Sin embargo, puede ocurrir que el bien que se lesione sea de igual o menor valor que el que se salva, como efectivamente ocurre si se sacrifica una vida humana para salvar la propia, y en este caso, la ubicación sistemática de lo que se conoce como Estado de Necesidad Disculpante o Exculpante, debe encontrarse en el terreno de la culpabilidad, ya que el hecho está desaprobado por el ordenamiento jurídico, pero no es reprochable al sujeto. Según Roxin, son causas de exculpación –que él prefiere llamar de exclusión de la responsabilidad penal- la inimputabilidad, el error de prohibición invencible, el estado de necesidad exculpante y el exceso en la legítima defensa<sup>4</sup>.

Este criterio de diferenciación no tiene respaldo unánime en la doctrina: existe también un sector que considera que el estado de necesidad es siempre una causa de justificación, sin que interese la jerarquía de bienes, puesto que algunos códigos

---

<sup>3</sup> Código Penal, Editorial Jurídica del Ecuador, 2007, Pág. 16.

<sup>4</sup> Roxin Claus, La Teoría del Delito en la Discusión Actual, Editorial Jurídica Grijley, Perú, 2007, Pág. 230.

penales, entre ellos el mexicano, no hacen distinción respecto del valor del bien sacrificado con relación al salvado. Este planteamiento encuentra apoyo en Gimbernant y en Muñoz Conde, quien comenta que “no se trata solo de comparar el valor de los bienes en conflicto, sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar el otro era la única vía adecuada, dentro de los límites de la exigibilidad normales en la vida ordinaria.”<sup>5</sup> Dicha posición encuentra fundamento en el hecho de que no falta culpabilidad del autor, quien todavía es asequible normativamente.

Nuestro sistema penal no admite, tomando en cuenta el texto de la ley, la unidad en el estado de necesidad, puesto que el código norma el estado de necesidad como causa de justificación imponiendo necesariamente para ello, que el daño provocado sea menor al que se quiere evitar.

El ordenamiento penal ecuatoriano no admite la procedencia del estado de necesidad frente a bienes comunitarios, entendiéndose por estos, aquellos bienes sociales que se comparten para beneficio de la persona, de tal manera que revierten sobre la persona, se redistribuyen en la participación común. Así por ejemplo, los servicios básicos, el agua dulce, etc.

Sin embargo, la nueva Constitución ecuatoriana habla de los derechos individuales, colectivos y comunitarios, rescata la importancia del medio ambiente, la protección del agua y la tierra, reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos y sugiere evitar a toda costa la destrucción de los recursos naturales.

En el mismo sentido, en América Latina se tiende a darle un nuevo significado al concepto de bien comunitario, desarrollado, anteriormente, desde una visión occidental, para ir más allá de lo material, esto es considerando su procedencia (caso de bienes ancestrales) o la calidad de los bienes y su importancia para la vida de las personas y comunidades.

Por ello, una de las interrogantes primordiales de la presente investigación será el determinar la importancia intrínseca de la protección de los bienes comunitarios, con el

---

<sup>5</sup>

Ibidem.

objeto de establecer si es procedente el estado de necesidad justificante o disculpante y si es prudente y aceptable hacer esta diferenciación entre estado de necesidad exculpante y justificante.

## **2.- Conceptos Preliminares:**

### **d) Antijuricidad.-**

La antijuricidad designa una propiedad de la acción típica, es decir, su contradicción con las prohibiciones y mandatos del Derecho Penal. Si el autor del hecho ha realizado objetiva y subjetivamente la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado en forma antinormativa. La tipicidad y la consiguiente antinormatividad son elementos de antijuricidad distintas. La antinormatividad es la contradicción entre la realización típica y la norma prohibitiva abstracta. La antijuricidad es, en cambio, la violación del orden jurídico en su conjunto, mediante la realización del injusto. A las normas prohibitivas se oponen en ciertos casos disposiciones permisivas taxativas que impiden que la norma abstracta general se convierta en deber jurídico concreto: estas disposiciones se denominan causales de justificación<sup>6</sup>. Así, la legítima defensa y el estado de necesidad en la mayoría de los casos excluyen la antijuricidad en todo ámbito del ordenamiento jurídico. Sauer nos enseña que una conducta típica estaría justificada con base en una "ley jurídica fundamental del principio de más beneficio que perjuicio"<sup>7</sup>. Noll considera a la "ponderación de valores como principio de justificación"<sup>8</sup>. De otro lado Schmidhauser indica que una causa de justificación en el delito de acción es "el fragmento del curso del hecho que contiene un respeto al bien prioritario frente al bien lesionado de modo típico" y en la causa de justificación dice "se constata que lo valioso del respeto al bien es prioritario frente a lo desvalioso de la lesión del bien"<sup>9</sup>.

Como vemos aún no se ha logrado una sistematización fructífera de las causas de

---

<sup>6</sup> Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 1987, Pág. 116.

<sup>7</sup> Sauer, Allgemeines Strafrecht, 1995, Pág. 56.

<sup>8</sup> Noll, Wertabwägung als Prinzip der Rechtfertigung, 1965, Pág. 77.

<sup>9</sup> Schmidhauser, 1987, Pág. 88.

justificación<sup>10</sup> sin embargo, todas resultan iguales en concluir en que ellas no se pueden derivar resultados concretos, sino que el principio rector de la justificación reside en la idea de que todas las causas de justificación pretenden la regulación socialmente correcta de intereses que colisionan. En cualquier caso, las causales de justificación no excluyen la tipicidad de una conducta, sino exclusivamente su antijuridicidad.

#### **e) Noción de peligro.-**

El estado de necesidad presupone un peligro para un bien jurídico. El concepto de peligro es uno de los conceptos menos claros de la dogmática del derecho penal. En términos generales, el peligro es la probabilidad de un daño, en el caso que nos ocupa hablaríamos del riesgo de un bien jurídico. La noción de peligro surge en contraste con la de daño pues, mientras en éste se concreta un resultado lesivo para un bien determinado, en aquél tal daño no existe, pues es una mera probabilidad.

Podemos hablar de peligro siempre que exista posibilidad de que las condiciones favorables para la producción de un evento superen a las que obstaculicen su realización; por ello para Bettiol citado por Pavón Vasconcelos, es una realidad objetiva y no una mera creación de nuestra fantasía. José León Pagano, igualmente citado por Pavón Vasconcelos, considera que mientras el daño es efectiva lesión de un bien jurídico, el peligro es una probabilidad de lesión<sup>11</sup>. Por su parte, Maurach sostiene que por peligro se entiende un estado en el cual, de acuerdo con las concretas circunstancias reinantes, la producción de un daño aparece como probable, una situación dañina según los principios generales de la experiencia. Jakobs en cambio, nos indica 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. El peligro sólo es relevante para un estado de necesidad si sobrepasa el riesgo vital general y el pronóstico ha de realizarse *ex ante*. Además el bien jurídico debe estar en inminente peligro de ser destruido. Este peligro ha de ser real y objetivo, no pudiendo ser meramente supuesto, con más o menos fundamento por quien trata de evitarlo.

---

<sup>10</sup> Roxin Claus, obra citada.

<sup>11</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, Diccionario de Derecho Penal, Editorial Porrúa, México 2003, Pág. 764.

### c) Estado de Necesidad.-

Podemos delimitar el concepto de Estado de Necesidad como una situación de peligro cuya superación para el amenazado impone como imprescindible el sacrificio del interés de otro, como único medio para salvar el suyo propio; caracterizándose por ello como una colisión de intereses, en la cual sólo uno puede ser salvado pero lesionando al otro, esta es la diferencia decisiva con respecto a la legítima defensa; el estado de necesidad está marcado por la urgencia de sacrificar bienes dignos de protección en pro de un interés social. De acuerdo con Welzel, se trata de quien actúa en peligro actual no evitable de otro modo para proteger un bien jurídico, siendo su acción el medio adecuado para alejar el peligro de dicho bien, mediante el sacrificio de otro. Sólo el bien jurídico más valioso puede ser preferido en desmedro o detrimento de otro.<sup>12</sup>

Según la teoría de la ponderación de bienes de Binding citado por Maurach “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”<sup>13</sup> Sin embargo, la causa de justificación puede operar en el caso de bienes de igual valor, como por ejemplo, en el caso del naufrago que impide que el otro se agarre del madero, pues éste se hundiría por el peso de los dos. Roxin, sin embargo considera que cuando está en juego el bien jurídico de la vida humana, son inadmisibles las cuantificaciones; son inadmisibles todas las posibles graduaciones entre vida valiosa y menos valiosa, como es inadmisibles la ponderación según el número de las vidas humanas en conflicto.

Para que pueda hablarse de un estado de necesidad es preciso que, como sostiene Cerezo Mir junto a un amplio sector de la doctrina, el mal grave e inminente no sea evitable por otro procedimiento menos perjudicial; ello supone que el mal sea evitable por medios legítimos o por medios ilícitos, que causen un menor perjuicio.

Tal como hemos mencionado ya, la doctrina distingue entre estado de necesidad justificante y exculpante. El primer caso se presenta cuando entre los bienes jurídicos

---

<sup>12</sup> Welzel, Hanz, Derecho Penal Alemán, Parte General, Editorial Chile, 1987, Pág. 132.

<sup>13</sup> Maurach Reinhart, Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, 1994, Pág. 467.

en colisión, existe uno manifiestamente más valioso. El profesor Welzel nos indica que se excluye la justificación del hecho si la utilización de este bien jurídico como simple medio para salvar aquél, fuera impropio; como por ejemplo, el dar muerte a un hombre como medio de salvar otro hombre, es decir, cuando los bienes jurídicos son igualmente valiosos. Tal hecho no puede ser justificado sino solo exculpado<sup>14</sup>. Refiriéndonos nuevamente al ejemplo del náufrago que impide que el otro se aferre al madero; la doctrina considera que este supuesto debe ser tratado como un estado de necesidad exculpante, dejando el estado de necesidad justificante sólo para el caso de bienes de igual valor. Sin embargo, como señala Muñoz Conde, nada impide que también aquí opere como causa de justificación pues no se trata solo de comparar el valor de los bienes en conflicto sino de enjuiciar si el sacrificio de uno de ellos para salvar la vida del otro, era la vía adecuada<sup>15</sup>; posición que compartimos plenamente por las consideraciones señaladas. Cerezo Mir, por su parte, indica que no cabe invocar el estado de necesidad en los supuestos de conflicto de bienes desiguales.

Es necesario recalcar que el concepto de mal es un elemento normativo de la eximente de estado de necesidad en la codificación española, en la que no se comparan o ponderan bienes jurídicos, sino dos males. En tal sentido, Cerezo Mir manifiesta que no puede considerarse como mal la lesión de un interés no protegido por el Derecho<sup>16</sup>.

Entre los requisitos doctrinariamente reconocidos para que se configure el estado de necesidad, tenemos:

1. El peligro (real, actual o inminente) no debe haber sido causado dolosamente por el agente.
2. Un elemento subjetivo que radica en la finalidad de evitar un mal mayor.
3. La existencia de un mal, es decir, la lesión de un bien jurídico.
4. El mal causado no debe ser mayor que el que se pretende evitar (interés preponderante).
5. El necesitado no debe tener, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

---

<sup>14</sup> Welzel Hanz, *Ibídem*.

<sup>15</sup> Muñoz Conde, Francisco, obra citada. Pág. 128.

<sup>16</sup> Cerezo Mir, José, obra citada. Pág. 668.

En este sentido el Código Penal ecuatoriano contempla como requisitos la necesidad de evitar un mal o peligro, que el mal evitado sea mayor que el causado y que no haya otro medio practicable y menos perjudicial.

Como podemos apreciar faltarían algunos requisitos en nuestra normativa penal vigente y que me parecen fundamentales, como son que la situación de necesidad no debe haber sido provocada intencionalmente por el sujeto y que el necesitado no debe tener, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

Por otra parte, actualmente la doctrina finalista admite como fundamento del estado de necesidad, la preservación del interés preponderante.

Bacigalupo, citado por Armaza Galdos, realiza una acertada síntesis, donde señala que si se puede eludir el daño que nos amaga valiéndonos de un medio que no signifique perjuicio a los bienes jurídicos de terceros no hay estado de necesidad. Si el mal fue evitable, desaparece la necesidad de superarlo<sup>17</sup>.

Finalmente me permito puntualizar una diferenciación entre el estado de necesidad y la legítima defensa, siendo ambos causales de justificación que excluyen la antijuridicidad: en la legítima defensa el ordenamiento jurídico otorga la potestad de defenderse de un peligro eminente frente a su agresor; mientras que en el estado de necesidad se permite lesionar o transgredir bienes de otras personas que no han realizado ninguna agresión.

### **ESTADO DE NECESIDAD DISCULPANTE.-**

Cuando abandonamos el terreno de la antijuridicidad -puesto que las causas de exclusión se encuentran objetivamente descritas en el texto legal- e ingresamos en el de la culpabilidad, empezamos a tomar en cuenta circunstancias subjetivas específicas que pueden excluir el juicio de reproche que se le hace a un individuo que no adecua su conducta a la norma: radica ahí la mayor dificultad en el tratamiento del estado de necesidad exculpante, puesto que será necesario examinar cada caso concreto para conocer si procede o no la aplicación de una sanción penal. Muñoz Conde señala que

---

<sup>17</sup> Armaza Galdós Julio, El estado de necesidad justificante, Universidad Nacional Altiplano, 2000, Pág. 35.

“los niveles de exigencia de este cumplimiento (de los mandatos normativos) varían según el comportamiento exigido, las circunstancias en que se realice, los intereses en juego, etc.”.<sup>18</sup> Más allá de los niveles de exigencia generales que marca el ordenamiento jurídico, habrá situaciones extremas en las que no se pueda exigir al autor de un hecho típico y antijurídico que deje de perpetrarlo, porque ello comportaría un excesivo sacrificio para él o porque la presión anímica no le permitía actuar como lo habría hecho bajo circunstancias normales.

Así, si un hombre mata a otro para evitar que su propiedad sufra daño, es evidente que se sacrificó el bien más valioso, de modo que tenemos una acción antijurídica que en principio es, además, reprochable al autor. Pero si al mismo caso le agregamos la circunstancia de que la propiedad defendida constituía el único medio de subsistencia del agresor, o se trataba de una reliquia invaluable para él o su comunidad ancestral, a tal punto que su desesperación determinó defenderla por cualquier medio; podríamos considerar que no pudo motivarse en la norma y no es por tanto, responsable de su conducta.

Adicionalmente debemos referirnos a la Teoría de la Responsabilidad por el hecho de Maurach<sup>19</sup>, quien propone insertar entre la antijuridicidad y la culpabilidad una categoría sistemática nueva y autónoma dentro de la cual se distinguen causas especiales de exclusión de la responsabilidad por el hecho, siendo las más importantes el exceso de legítima defensa y el estado de necesidad exculpante. La aparición de esta nueva categoría es necesaria, de acuerdo con el autor, porque el injusto de la acción existe (antijuridicidad) pero se libera de responsabilidad al autor, no en consideración a su circunstancia individual sino porque su conducta es dispensable de manera general para cualquier ser humano. Este criterio, que guarda en común con el de Roxin la idea de que la liberación de la pena no se basa en consideraciones individuales, es, sin embargo objeto de crítica de este último autor por cuanto “estos casos (el estado de necesidad exculpante y el exceso de defensa) están más cercanos de la punibilidad, no más lejanos que los casos de inimputabilidad y de error de prohibición invencible.”<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> Muñoz Conde Francisco, Teoría General del Delito, Editorial Temis S.A., Bogotá, 2002, Pág.

121.

<sup>19</sup> Maurach Reinhart y Zipp Heinz, Derecho Penal Parte General, Astrea, Buenos Aires, 1994.

<sup>20</sup> Roxin Claus, La Teoría General del Delito en la Discusión Actual, ya citada, Pág. 243

### 3. FUNDAMENTOS DE LA EXCLUSIÓN DE CULPABILIDAD EN LA DOCTRINA.-

Sobre este punto no existe unidad de criterios dentro de la doctrina. Para entender al estado de necesidad exculpante como tal, un sector habla de una “doble disminución del contenido de criminalidad del hecho”, ya que por una parte hay una disminución del injusto por encontrarse el autor defendiendo un bien jurídico, y por otra parte actúa bajo la presión de circunstancias extraordinarias. Estos criterios configuran el principio de no exigibilidad de otra conducta, debida a una presión anímica extraordinaria que su vez puede determinar una alteración momentánea de la conciencia. Zaffaroni sostiene que la inexigibilidad de otra conducta es la “esencia última de toda inculpabilidad”<sup>21</sup>. Según dicho autor “cuando el sujeto se encuentra necesitado de actuar de modo lesivo, pero el mal que provoque no sea menor que el que evita, podrá haber un estado de necesidad exculpante, en cuyo caso la conducta será antijurídica pero sin reproche de culpabilidad, pues al agente no será posible exigirle razonadamente otra conducta”<sup>22</sup> Para determinar si le era exigible o no una conducta a un individuo, Cerezo Mir sostiene que habrá que atender a la conducta que tendría, en la misma situación, una persona inteligente y respetuosa con las exigencias del ordenamiento jurídico<sup>23</sup>.

Otro sector, encabezado por Roxin, considera que la exención de pena no se produce porque se excluya la culpabilidad, sino la responsabilidad penal en un sentido amplio. Esto quiere decir que subsiste la culpabilidad, pero no se considera necesario penar la conducta ya que no tiene sentido hacerlo de acuerdo con los fines de la pena, no existe una necesidad preventiva de punición<sup>24</sup>. Muñoz Conde comparte este criterio y sostiene que “hay situaciones extremas en las que el derecho, más que aprobar el hecho, se limita a prescindir de la sanción penal en la medida en que está no sea necesaria desde el punto de vista preventivo, general o especial”<sup>25</sup>. ya que no se le puede pedir al individuo que se ajuste a la norma. Debe, entonces, realizarse un análisis ex ante de la reacción normal frente a la situación dada y determinar si al sujeto no le quedaba otra alternativa posible de conducta.

---

<sup>21</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, Derecho Penal Parte General, Ediar, Buenos Aires, 2002, Pág 631

<sup>22</sup> . Zaffaroni Eugenio Raúl, Obra Citada, Pág. 744.

<sup>23</sup> Cerezo Mir José, Derecho Penal Parte General, Ara Editores, Lima, 2006, Pág. 692.

<sup>24</sup> Roxin Claus, Derecho Penal, Parte General, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1997, Pág. 897

<sup>25</sup> Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal, Parte General, Valencia, 2000, Pág. 449.

Por otra parte, encontramos la teoría del espacio libre de derecho, defendida por autores como Kauffman, la cual sostiene que en ciertos casos difíciles de resolver porque colisionan derechos de igual valor, particularmente en el caso vida contra vida, el legislador “retira sus normas”<sup>26</sup> y deja que el particular decida cómo comportarse. El derecho respetará la decisión del individuo como fuera que esta se produzca. No compartimos este punto de vista que resultaría inaplicable en nuestro medio, tomando en cuenta el problema gira en torno a una conducta típica que implica la violación de un bien jurídico protegido que se declaran impunes excepcionalmente aún cuando la antijuridicidad e incluso la culpabilidad han sido comprobadas.

Cabe agregar que de cualquier manera, la exclusión de la culpabilidad no lleva implícita una exclusión de responsabilidad civil por los daños causados y además, el ataque puede repelerse mediante legítima defensa. Por otra parte, existen situaciones de peligro que el individuo debe soportar en virtud de una posición jurídica especial, como la que tiene el policía que debe proteger al ciudadano o el militar en el mismo sentido frente a la población civil.

#### **4. BIENES JURÍDICOS SUSCEPTIBLES DE ESTADO DE NECESIDAD EXCULPANTE.**

Según el Código ecuatoriano, es susceptible de estado de necesidad el “acto que produzca daño en la propiedad ajena”, con lo que hemos de entender que si el daño se produce en la persona –vida, integridad física-, no se aplica la exclusión de pena prevista por el artículo. Nuestro ordenamiento adopta casi textualmente el texto del antiguo código español cuyo ámbito fue ampliado en el texto del que rige actualmente. En cuanto al daño que se pretende evitar, no se hace distinción necesaria de los bienes que pueden defenderse atacando a otro; por lo tanto es posible defender la propiedad causando daño a la propiedad ajena, pero no se puede defender la propiedad causando daño a otro ser humano y tampoco defender la propia integridad haciendo daño a otro individuo. En otras palabras, pueden defenderse tanto la integridad física como la

---

<sup>26</sup> Kauffman Arthur en libro homenaje a Maurach, 1872, Pág 327, citado por Roxin Claus en La Teoría del Delito en la Discusión Actual.

propiedad, siempre que el daño que se produce para evitar el mal, no se verifique en la integridad física de otras personas.

En el derecho alemán, sólo son susceptibles de estado de necesidad la vida, la integridad física y la libertad. El honor y la propiedad quedan excluidos. Roxin considera que la vida en formación también debe excluirse.<sup>27</sup> A *contrario sensu*, los bienes cuya afectación puede quedar justificada por el estado de necesidad, serían, a criterio de Zaffaroni, aquellos de los que el individuo puede quedar privado a condición de compensar su pérdida –como la propiedad, la intimidad o la pérdida parcial de libertad-. En el momento en que los intereses que colisionan en uno u otro caso, son distintos a los expuestos, sobrepasamos el área de las causas de justificación para llegar al análisis de la culpabilidad.

Entonces, cuando los intereses que colisionan son de igual valor, como ocurre en el ejemplo del naufrago que impide que otro se agarre al madero que se hundiría con el peso de los dos, parece evidente que sería excesivo imponer una pena a quien actúa así para salvar su vida: el derecho no le puede exigir al individuo una conducta heroica; pero cuando el bien que se sacrifica es más importante que el que se salva, como cuando se ataca la vida o la integridad física para proteger la propiedad privada o pública, es un poco más difícil concluir que se configura un estado de necesidad disculpante.

Creemos que bien se le puede exigir al individuo que soporte el daño el bien jurídico de menor valía para salvar el otro, más importante. En este caso la exculpación podría darse más bien porque su estado psíquico le impide al individuo razonar con precisión respecto de la jerarquía de los bienes, como en el caso del miedo insuperable, los estados pasionales asténicos o el trastorno mental transitorio; lo que igualmente tendría que producirse en circunstancias especiales, puesto que en principio no parece lógico que la puesta en peligro de un bien jurídico de valía relativamente secundaria pueda provocar un estado psíquico como los que acabamos de describir. Al respecto Zaffaroni comenta: “En el derecho positivo hay dos supuestos de inexigibilidad de otra conducta provenientes de la situación reductora de la autodeterminación: a) el estado de necesidad exculpante y b) la incapacidad psíquica para adecuar la conducta a la

---

<sup>27</sup> Roxin Claus, *Obra Citada*, Pág. 906.

comprensión de la antijuricidad”<sup>28</sup> En este punto consideramos que guarda más coherencia la posición de Roxin, ya que además de los casos en que falta la culpabilidad, es decir, en los supuestos en que el autor todavía es “normativamente asequible”<sup>29</sup>, existe la posibilidad de que se prescinda de punición porque ésta no parece necesaria por razones de prevención especial o general. De ahí que el autor prefiera hablar de causas de exclusión de la responsabilidad penal, como categoría más amplia que la culpabilidad, puesto que la pena puede ser excluida tanto por falta de culpabilidad como por falta de necesidad preventiva de sanción. Si bien la culpabilidad es una condición necesaria, no es una condición suficiente para concluir que hay que aplicar una sanción.

Por otra parte, incluso si admitimos un rango extensivo de bienes susceptibles de estado de necesidad, no puede considerarse, como bien observa Cerezo Mir<sup>30</sup>, que sea un mal la lesión de un interés no protegido por el Derecho. No puede considerarse, entonces, como un mal a la imposibilidad en que se encuentre el drogadicto de conseguir droga para evitar o combatir el síndrome de abstinencia.

En cualquier caso, siempre será indispensable que concurren los otros requisitos que normalmente configuran el estado de necesidad justificante –a excepción naturalmente de la jerarquía mayor del bien salvado–: que el peligro sea actual e inminente, no evitable de otro modo, no provocado intencionalmente por el sujeto y que éste no tenga por su cargo u oficio, obligación de sacrificarse.

En cuanto al criterio de valoración para distinguir cuál de los bienes protegidos es jerárquicamente superior, Cerezo Mir toma en cuenta las penas que se imponen para los delitos de violación de dichos bienes jurídicos; así, la vida humana es un bien superior a la integridad física. Sin embargo, el propio autor nota que la ponderación de intereses, especialmente de los individuales y supraindividuales –es decir, bienes comunitarios o estatales– no siempre puede afirmarse de manera absoluta.

---

<sup>28</sup> Zaffaroni Eugenio Raúl, *Obra Citada*, Pág. 744.

<sup>29</sup> Equivalencia en castellano del alemán “ansprechbar”, capaz de motivarse en la norma.

Traducción de Manuel Abanto Vázquez de *La Teoría del Delito en la Discusión Actual de Claus Roxin*.

<sup>30</sup> Cerezo Mir José, *Derecho Penal Parte General*, Ara Editores, Lima, 2006, Pág.670.

En este estado de cosas, es de vital importancia estudiar los bienes considerados comunitarios, que como veremos tiene a mi criterio dos dimensiones, las mismas que tratarán de ser esbozadas.

## **5. LA REGULACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL CÓDIGO PENAL ECUATORIANO**

A manera de antecedente mencionaremos que en el ordenamiento penal de nuestro país, el estado de necesidad justificante, tomando en cuenta el estricto sentido literal de la redacción, no se consideraría una causa de justificación sino más bien una causa de exclusión de la responsabilidad y por lo tanto, de la pena. De hecho, al referirse a la legítima defensa, el Art. 19 utiliza la expresión “no comete infracción de ninguna clase el que obra en defensa necesaria de su persona”<sup>31</sup> –no se configura el delito porque la conducta no es antijurídica-; pero al referirse al estado de necesidad se emplea la frase “no se impondrá ninguna pena”<sup>32</sup>, lo que nos hace suponer que el delito ha quedado configurado pero la punición no se considera necesaria. Sin embargo, el estudio doctrinario y jurisprudencial de la situación hace evidente que se trata de una causa de justificación, puesto que no se trata de juzgar la reprochabilidad o culpabilidad del sujeto en particular, sino de una situación objetiva normada que elimina la antijuridicidad de la acción. Es decir, pese a lo equívoco de la redacción, tenemos que entender al estado de necesidad como una causa de justificación.

El estado de necesidad no está definido en el código, pero la posibilidad de que se configure un estado de necesidad disculpante puede fundamentarse en el Art. 18, según el cual “no hay infracción cuando el acto está ordenado por la ley, o determinado por resolución definitiva de autoridad competente, o cuando el indiciado fue impulsado a cometerlo por una fuerza que no pudo resistir”<sup>33</sup>; siempre que entendamos que la fuerza puede ser física –*vis absoluta*- en cuyo caso elimina la acción, y moral –*vis compulsiva*- , que equivale a todas las amenazas de peligro grave que puedan persuadir a una persona para hacer algo, aunque conserve toda su consciencia y voluntad. Así, si una persona es obligada a disparar a otra bajo la amenaza de dar muerte a su hijo si no lo hace,

---

<sup>31</sup> Código Penal Ecuatoriano, Obra Citada. pág. 13.

<sup>32</sup> *Ibidem*. p.14.

<sup>33</sup> *Ibidem*. p14

podríamos hablar de una fuerza imposible de resistir, y el derecho no podría exigirle otra conducta. En este aspecto es más diáfana la técnica jurídica del código penal argentino, en el Art. 34, No. 2, según el cual no es punible “el que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente”<sup>34</sup>, ya que se refiere concretamente a la fuerza psíquica. El código civil alemán se sirve de una técnica jurídica diferente al describir expresamente el estado de necesidad disculpante, en el Art. 35: “quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad”<sup>35</sup>.

En cuanto a la falta de necesidad de sanción de la que habla Roxin, nuestro código considera esta posibilidad, pero únicamente como atenuante, ya que de acuerdo con el Art. 29 “son circunstancias atenuantes todas las que, refiriéndose a las causas impulsivas de la infracción, al estado y capacidad física e intelectual del delincuente, a su conducta con respecto al acto y sus consecuencias, *disminuyen la gravedad de la infracción, o la alarma ocasionada en la sociedad o dan a conocer la poca o ninguna peligrosidad del autor*”.

Por otra parte, el miedo insuperable, contemplado por el código español, es el resultado de una amenaza o una situación de peligro que afecta psíquicamente al que lo sufre. Si bien el miedo insuperable puede llevar incluso a la paralización total del individuo, por lo que podríamos llegar a hablar incluso de ausencia de acción, el componente subjetivo hace que caiga en el ámbito de la culpabilidad, pues lo insuperable del miedo dependerá también del carácter y la personalidad del sujeto. El código ecuatoriano no se refiere al miedo insuperable como causa de exclusión de responsabilidad penal, pero en cambio considera atenuante “haber delinquir por temor o bajo violencia superables”; frase que podría llevarnos a suponer que la expresión “fuerza que no puedo resistir” se refiere justamente tanto al temor como a la violencia física, insuperables. En cualquier caso, lo forzado de esta interpretación nos lleva a concluir que tenemos un vacío legal, y el miedo podría funcionar únicamente como atenuante. El código penal español se refiere

---

<sup>34</sup> Fuente: <http://www.infoleg.gov.ar>

<sup>35</sup> Fuente: <http://www.unifr.ch/> Traducción de Claudia López Díaz de la Universidad Externado de Colombia.

expresamente al miedo insuperable como eximente de responsabilidad criminal en el Art. No. 20<sup>36</sup>.

Volviendo al código ecuatoriano, si bien el Art. 18 se sirve de la expresión “no hay infracción”, la misma que parece indicar que el texto se refiere a la *vis absoluta* únicamente, puesto que sólo ella puede eliminar la acción, puede deducirse del propio contexto de la ley que el estado de necesidad disculpante es una causa de exclusión de la responsabilidad: de acuerdo con el Art. 447 “el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer, de su marido o de familiares íntimos, no será punible: si se ha hecho para evitar un peligro para la vida o para la salud de la madre”. Nos encontramos ante el llamado aborto terapéutico, en el que se encuentran en juego dos vidas de igual valor, ya que tanto la Constitución cuanto el Código Civil protegen la vida del que está por nacer; y sin embargo, no se aplica ninguna sanción puesto que no se le puede exigir al médico, a la madre, a su cónyuge o a sus parientes cercanos, que soporten el inminente peligro para la vida que en este caso supone el embarazo.

Por su parte, el Art. 32 del código indica que “Nadie puede ser reprimido por un acto previsto por la ley como infracción, si no lo hubiere cometido con voluntad y consciencia”

Si el sujeto actúa motivado por motivos de particular valor moral o social –como podría ser procurar evitar un daño a los bienes comunitarios-, el Código Penal toma en cuenta esta circunstancia como una de las atenuantes enumeradas en el Art. 29, pero es evidente que no puede alegarse una causa de exclusión de la responsabilidad, y mucho menos de la antijuridicidad.

Si se produce homicidio, heridas y golpes como respuesta a un ataque real a la honra propia o la de los parientes, el Art. 25 considera excusables a estos delitos, es decir, se aplicará una pena menos severa. Lo mismo ocurre en el evento de que las mencionadas infracciones se produzcan al defender la propiedad rechazando durante el día el escalamiento o fractura de los cercados y murallas.

---

<sup>36</sup> Fuente: <http://www.boe.es>

De lo dicho se sigue que puede aceptarse el estado de necesidad exculpante como exclusivo de la responsabilidad penal, siempre que el peligro sea inminente y suponga inexigibilidad de otra conducta.

### **BIENES DE CARÁCTER COMUNITARIO.**

De acuerdo con el diccionario jurídico de Cabanellas, un bien es “aquella cosa de que los hombres se sirven y con las cuales se ayudan y todos los objetos que, por útiles y apropiables sirven para satisfacer las necesidades humanas. Bienes comunes son aquellos que, no siendo privativamente de ninguno, en cuanto al dominio, pertenecen a todos los hombres en cuanto al uso.

Así mismo, Kindhauser señala: “que los bienes jurídicos protegidos son individuales aquellos a los que sirven los intereses de una persona (...) y aquellos que sirven a los intereses de muchas personas –de la generalidad los denominan- bienes jurídicos colectivos”<sup>37</sup> Se colige de estas definiciones una visión de satisfacción de necesidades colectivas.

También se define como bien comunitario o procomún: “a un determinado ordenamiento institucional en el cual la propiedad es atribuida a un conjunto de personas en razón del lugar donde habitan y que tiene un régimen especial de enajenación y explotación. De esa forma, ninguna persona individual tiene el control exclusivo sobre el uso y la disposición de un recurso particular bajo el régimen de procomún.”<sup>38</sup>

De los conceptos señalados derivó que el nexo con la propiedad comunitaria no es solo en razón de la competencia, del lugar habitado, sino de lazos mucho más fuertes como las costumbres, la cultura, la identidad y la misma cosmovisión del mundo. Por otra parte, de los conceptos antes descritos, tampoco surge la distinción entre bienes comunitarios tangibles como la tierra e intangibles como el derecho al medio ambiente sano, bien jurídico protegido desde los derechos fundamentales que inciden en la vida y

---

<sup>37</sup> Kindhauser-Gefährdung als Straftat, Frankfurt, 1989, p. 144 incluido en Roland Hefendehl, Bienes jurídicos colectivos y Derecho de Peligro Abstracto, p. 159.

<sup>38</sup> <http://wikipedia.org/wiki/>. P. 1 visitada el 23 de Septiembre de 2007.

que trascienden la individualidad, para pasar al ámbito de lo supraindividual, es decir lo concerniente a toda la sociedad y que será objeto de tratamiento posterior, desde el marco de la nueva constitución.

## **EL ESTADO DE NECESIDAD FRENTE A LOS BIENES DE CARÁCTER COMUNITARIO.-**

Existe un sector de la doctrina que amplía el margen de bienes protegidos, e incluye a los bienes comunitarios. No obstante, la gran mayoría de la doctrina se inclina por pensar que no cabe el estado de necesidad en una acción que busque salvar intereses comunitarios, o en todo caso, supra personales, precisamente por el peligro que supondría legitimar una actuación en pro de bienes que trascienden la esfera del individuo y competen al Estado, como pudiera ser el orden público o la integridad territorial. Esta eximente se basa en la necesidad de evitar un mal a la sociedad o al Estado, a diferencia de lo que sucede en la eximente de la legítima defensa. Así, Cerezo Mir nos enseña que cuando el sujeto tenía el deber de evitar el mal ajeno que amenazaba a otra persona a la sociedad o al Estado, surge una colisión de deberes. El deber jurídico debe de ser de rango superior o igual al deber de abstenerse de realizar la acción prohibida o de realizar la acción ordenada.

Roxin establece una diferencia de valor de los bienes jurídicos valiéndose de unas reglas generales según las cuales: 1) los preceptos sobre el orden general ceden ante la protección frente a daños concretos; 2) los valores de la personalidad tienen preferencia frente a los bienes patrimoniales y; 3) 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.

Además se sostiene que basta con un peligro para que un bien jurídico cualquiera, incluyendo los bienes jurídicos de terceros, sean susceptibles de ser considerados parte del estado de necesidad. Así, el bien jurídico no tiene por qué pertenecer al propio sujeto que actúa ante un estado de necesidad; este planteamiento abre la posibilidad de que los bienes de carácter comunitario sean susceptibles de ser defendidos dentro de una situación de estado de necesidad. Maurach considera que el estado de necesidad

procede respecto de *todos* los bienes jurídicos. Ante la existencia de una situación de estado de necesidad, la acción sólo está justificada cuando el bien a salvar goza de una valoración social considerablemente más importante que la del bien a sacrificar. El principio de preeminencia de los bienes jurídicos colectivos por sobre los individuales, sólo tiene vigencia, en la medida en que se trate de una lesión actual, no así de un peligro potencial<sup>39</sup>.

Por su lado Roxin considera que los únicos bienes susceptibles de estado de necesidad son la vida, el cuerpo y la libertad. Se supondría que en estos tres estarían recogidos otros bienes relacionados como salud, medio ambiente sano, pues se debe entender a los derechos humanos desde su integralidad e interdependencia por ello desvalorizo la concepción de los derechos de generaciones, que sin duda servirán para apoyo histórico y hasta metodológico. Ejemplo de ello sería considerar a la salud como más importante que el medio ambiente, cuando a través del uno se garantiza el segundo. “todos los derechos, de manera inescindible, forman parte de un cuerpo integral de derechos que comparten las mismas características axiológicas y estructurales”<sup>40</sup> cada uno con distintas intensidades, comportan las mismas obligaciones por parte de los poderes públicos y privados, obligaciones ya sean de abstenciones, prestaciones, de acción u omisión, lo que conlleva a considerárseles a más de independientes, interdependientes y de igual jerarquía pues la efectividad de un derecho redundando en la efectividad de todos los demás.

La trilogía medio ambiente-salud y vida demuestran la interdependencia e integralidad que estos forman y por ello entendería que los bienes que ellos representan son sujetos de protección.

Se ha señalado que los bienes jurídicos comunitarios tienen una titularidad supraindividual que puede ser entendida como una titularidad compartida por el conjunto de la sociedad. No son muchos los autores que consideran legítimamente defendibles los bienes de la comunidad, uno de ellos es Maurach quien adopta una posición equilibrada respecto sobre los bienes comunitarios, valiéndose de la idea de la ponderación de bienes.

---

<sup>39</sup>Maurach Reinhart, Obra citada. Pág. 475.

<sup>40</sup>Marco Aparicio Wilhelmi, obra citada. P 28.

## **NORMATIVA ECUATORIANA EN RELACIÓN A LOS BIENES COMUNITARIOS**

En el contexto ecuatoriano, el Código Civil distingue únicamente entre bienes públicos y privados. En la nueva Constitución aprobada en Abril de 2008, surge un nuevo marco jurídico anclado en una nueva visión ideológica-social, en la que los bienes colectivos o comunitarios tienen mayor prevalencia y protección, como así lo señala Marco Aparicio Wilhelmi “ (...) la amplitud de derechos recogidos coloca a la nueva Constitución en una posición de vanguardia, especialmente por la inclusión de de derechos esenciales de los que, sin embargo, apenas existen referentes normativos, como el derecho al agua o el derecho al hábitat.(...) Los derechos son referidos no solo a las personas individualmente consideradas, sino que se consagra, de manera general, la dimensión colectiva de los derechos”<sup>41</sup>. Y así lo señala el Art. 10 de la Constitución Política del Estado en relación al principio que hace referencia a la titularidad de los derechos:

“Art. 10 Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozaran los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

Esta visión respecto de la titularidad de los derechos, según Julio César Trujillo y Ramiro Avila, “rompe con la tradición liberal de considerar que existen derechos individuales- y excepcionalmente- derechos colectivos”<sup>42</sup> Por tanto amplía el ejercicio de los derechos humanos a los individuos y colectividades o comunidades y lo que es más importante, los vuelve exigibles.

Otra innovación respecto de la titularidad de los derechos, es el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de protección (art. 71-74). La justificación del legislador se basaba en el hecho de que hasta ese momento había predominado en el mundo una concepción generalizada sobre los beneficios del racionalismo científico

---

<sup>41</sup> Wilhelmi Marco Aparicio, incluido en Desafíos Constitucionales, La Constitución Ecuatoriana del 2008 en perspectiva. Serie Justicia y Derechos Humanos No. 2 , Neoconstitucionalismo y Sociedad, Editores. Ramiro Avila Santamaría, Agustín Grijalva y Rubén Martínez. Primera Edición, Quito-Ecuador, 2008. p,21.

<sup>42</sup> Avila, Ramiro, Trujillo, Julio César , Los derechos en el proyecto de Constitución”, Quito, 2008, p. 70. s.e.

antropocéntrico que estableció que la naturaleza era apenas un insumo para cubrir las necesidades de la sociedad humana, sin vida propia, y menos aún como sujeto de derechos. La necesidad de buscar salidas a los grandes conflictos ambientales que amenazan a la humanidad tales como el calentamiento global, el efecto invernadero, la desaparición de las especies, requiere nuevas concepciones y prácticas, puesto que de esto depende el futuro de las nuevas generaciones por lo que se requiere un marco jurídico que proteja a la naturaleza, que se trate con cuidado a la misma en relación a su uso y explotación.

Para los legisladores, los derechos de la naturaleza solo pueden entenderse desde un punto de vista sistémico, esto es, en concordancia con el régimen del desarrollo, esto es con el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socioculturales y ambientales que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay* (Art. 275).

El régimen de desarrollo según la nueva constitución afirma una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza.

“La noción de *sumak kawsay* es la posibilidad de vincular al hombre con la naturaleza, desde una visión de respeto, porque es la oportunidad de devolverle la ética a la convivencia humana, porque es necesario un nuevo contrato social en el que puedan convivir la unidad en la diversidad, porque es la oportunidad de oponerse a la violencia del sistema”<sup>43</sup>

Existe pues un claro cambio en la concepción y ponderación de los derechos considerados comunitarios, colectivos, ya no solo situándolos en el capítulo de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades como ocurría en la anterior Constitución, sino transversalizando la importancia de los mismos en toda la Constitución a través del buen vivir como se establece desde el preámbulo de la misma:

“Decidimos construir:

Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el *sumak kawsay*.”<sup>44</sup>

---

<sup>43</sup> Dávalos, Pablo, “El *Sumak Kawsay*”, buen vivir y las cesuras del desarrollo”, incluido en Revista COLOQUIO, Universidad del Azuay, Número 37, Junio 2008, p.21.

<sup>44</sup> Constitución Política del Estado, Edinos, Primera Edición, Quito, 2008. p. 3.

Esto se complementa como habíamos señalado por el reconocimiento de los derechos de la naturaleza (capítulo séptimo del título II) y también con el capítulo II, sección 1, donde se define al agua como derecho fundamental e irrenunciable, como patrimonio nacional estratégico de uso público, inalienable, imprescriptible, inembargable y esencial para la vida.

Así mismo, en la Constitución Política del Estado, en el capítulo IV, se refiere a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades y reconoce al sector indígena la posesión ancestral de su tierra comunitaria no solo desde un punto de vista de la propiedad física y de los beneficios que causa ésta, sino también desde un enfoque cultural y de organización social. (Art. 56 de la Constitución). Así mismo se reconocen derechos colectivos a los pueblos originarios y la construcción de circunscripciones territoriales y propiedad colectiva de la tierra. (Art. 58,59 y 60 de la Constitución). En consonancia con lo señalado la Carta Magna llama al respeto de la autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento y, en caso de no respetar este derecho, se consideraría como etnocidio. (Caso de pueblos no contactados: los Tagaheri y los Taromenane).

En este nuevo contexto constitucional vuelve a adquirir importancia la cuestión de la ponderación de bienes, esto es la posibilidad o no de que estos puedan ser susceptibles de estado de necesidad, considerando que, en cada caso, hay que acudir a todas las directrices que se acomoden al supuesto concreto.

Por tanto, se podría plantear que los bienes colectivos, comunitarios o comunes a todos, con la nueva Constitución alcanzan un nuevo escenario y busca una convivencia social, arraigada a la doctrina del neoconstitucionalismo concebida como “ una ideología, una teoría jurídica y una praxis social que busca establecer a los derechos fundamentales, como el eje central del sistema jurídico y como sustento de fundamentación y legitimidad del Estado. Para ello coloca a la Constitución como nuevo orden de valores que deja atrás su función formal para convertirse en la norma orientadora y en el fundamento de la convivencia ciudadana de nuestros días.”<sup>45</sup> , con la

---

<sup>45</sup> Patricio Pazmiño Freire, Neoconstitucionalismo y Sociedad, Desafíos Constitucionales, Presentación del Presidente del Tribunal Constitucional, Serie Justicia y Derechos Humanos, 2008 p. 11.

correspondiente exigibilidad ya no solo de los derechos considerados individuales sino también colectivos y por ello podrían ser objetos de ponderación.

## **6. CONCLUSIONES.**

- En relación a la doctrina es importante comprender los criterios de distinción entre causas de justificación y causas de exclusión de la responsabilidad para entender correctamente el estado de necesidad exculpante.
- Creemos que cuando los bienes que entran en conflicto son de igual valor es perfectamente posible excluir la pena por estado de necesidad disculpante, pero si el bien sacrificado es de mayor valor que el salvado habrá que revisar si el individuo era capaz al momento de la acción, de motivarse en la norma, pues en principio era perfectamente exigible que soportara el daño del bien de menor valor para que no sufriera menoscabo el interés jurídico más importante. El código ecuatoriano, no contiene regulación expresa para este supuesto.
- Nos adscribimos al planteamiento de Roxin, de acuerdo con el cual, no solamente se excluye la pena cuando falta la culpabilidad, sino también cuando no hay necesidad de aplicarla de acuerdo con los fines de prevención general y especial de las penas.
- La adscripción a un criterio como el que acabamos de anotar se presenta improbable en nuestro país, en el que el cumplimiento del texto legal está por encima de la realización de la justicia y de los principios generales del derecho, particularmente en materia penal, en la que la prohibición de interpretación extensiva es tomada por los jueces como la prohibición de razonamiento doctrinario fuera de los términos literales empleados en el código, sin tomar en cuenta que la administración de justicia también debe ser una actividad creadora de derecho, por cuanto se aplican normas abstractas y generales a situaciones sociales particulares y a seres humanos cuya conducta no puede juzgarse con una fórmula simple.

- Nuestro sistema no permite, pues, que se excluya la culpabilidad si no se trata de los casos de inimputabilidad, fuerza irresistible (*vis absoluta*) o alteración de la conciencia y voluntad que no permite discernir en el momento de cometer la acción. En todos los demás casos podremos aplicar atenuantes o excusas, pero no se excluirá la pena de manera completa, aunque la autodeterminación del individuo se encuentre notoriamente disminuida.
- Si bien el texto legal parece ser insuficiente, la doctrina y el sentido común nos permiten entender que hay casos en que no pueden ni deben sancionarse las conductas antijurídicas, ya que la sociedad y el derecho no pueden exigirle al individuo que se sacrifique excesivamente. Una mejora en la técnica jurídica del código podría permitir que el derecho penal se aplique de una manera más justa, como recurso de *ultima ratio* y protegiendo siempre al individuo considerado en un contexto comunitario, colectivo y no abstraído de él.
- Mientras más general sea el interés digno de protección, más se acerca a metas políticas, culturales y sociales de carácter general; siendo con ello más difícil una solución de situaciones de colisión mediante las reglas sobre el estado de necesidad. No es indispensable, por tanto, enlistar taxativamente cada posibilidad en que se admita el estado de necesidad, siendo mucho más importante comprenderlas en un contexto definido en circunstancias en que ocurre cierta acción u omisión, permitiendo que en cada caso, sea el juez quien determine si era posible o no exigirle al individuo que se motivara en la norma.
- Los bienes jurídicos susceptibles de legítima defensa no pueden hallarse taxativamente enumerados en un cuerpo legal, por cuanto su valoración y aplicación depende del contexto circunstancial en el que colisionen con otros.
- La legislación penal ecuatoriana debería considerar los requisitos señalados por la doctrina y que consisten en que la situación de necesidad no debe haber sido

provocada intencionalmente por el sujeto y que el necesitado no debe tener, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse.

- En virtud del principio general de que la ley penal no puede interpretarse extensivamente, podría mejorarse la técnica jurídica en la redacción del artículo del código penal que contempla el estado de necesidad, puesto que si bien hace referencia al daño en la propiedad ajena, no se prevé la posibilidad de protección de bienes jurídicos de terceros, entre los que puede contarse el Estado y los bienes considerados comunitarios por su calidad.
- Los bienes comunitarios, en el contexto del neoconstitucionalismo que se encuentra presente en la Constitución del 2008, deben ser susceptibles de defensa en el caso de estado de necesidad, ya que muchas veces el menoscabo de estos bienes puede tener profundas consecuencias y por tanto implicar el quebranto de bienes jurídicos cuyos titulares son los particulares. Esta concepción, sería válida ciertamente si las circunstancias en cada caso, encajan en la previsión de la normativa penal, salvaguardando el bien de mayor valor.
- También se vuelve indispensable delimitar el área de aquellos que pueden considerarse bienes comunitarios, siendo imperioso tomar en cuenta que dicha calidad está en relación directa con el beneficio que estos puedan prestar a la sociedad, o dicho de otra manera, con su carácter de vitales para la supervivencia de la comunidad, como es el caso del medio ambiente y del agua.
- Es vital tomar en cuenta la situación de nuestro país en su condición pluricultural, y plurinacional, en la que juegan un papel preponderante las variables que pueden presentarse con respecto a la preeminencia de uno u otro bien jurídico. Así, un bien considerado de menor valía para el derecho tradicional, puede presentarse como vital para ciertos grupos culturales y étnicos que habitan en la nación. Un ejemplo de ello podría ser el enfoque ancestral de la tierra, concebida, no desde el punto de vista de la propiedad privada que hemos heredado de la concepción mercantilista, sino más bien como escenario proveedor de su identidad y desarrollo como pueblos dueños de su propia

cosmovisión. Esto configura un contexto preciso que es el que debe ser tomado en cuenta, lejos de servirse de enumeraciones taxativas de los casos susceptibles de estado de necesidad. En el caso citado por Maurach en el que un buque con residuos nucleares pretende entrar a la costa y para que ello no ocurra secuestran a quien debe guiar al barco. Aquí hay un concurso de derechos: la libertad, versus el posible daño ambiental. Lo que se tendría que hacer en este caso, según el autor, es analizar la noción de peligro (real, actual o inminente), pero si cambiamos el ejemplo y el caso se refiriera a que se estarían regando los residuos tóxicos en un río por parte de un guardián de una empresa nuclear estimo que cabría, sin lugar a dudas, el estado de necesidad y la ponderación de un mal mayor por un mal menor: medio ambiente versus libertad personal.

- Es indispensable por tanto redefinir ciertas concepciones y aplicarlas a nuestra sociedad, porque de lo que se trataría en última instancia, como dice Boaventura de Souza Santos es de “llenar de nuevos contenidos los derechos”<sup>46</sup> Se debe trabajar para ajustar las leyes a las nuevas realidades y, vincular la práctica de los jueces al neoconstitucionalismo.

---

<sup>46</sup>

De Souza Santos Boaventura. Globalización y Derecho. 2000. S/E pág. 123.

## **Bibliografía**

Muñoz Conde Francisco, Derecho Penal Parte General, Editorial Tirant lo Blanch, 2000

Roxin Claus, Derecho Penal, Parte General, editorial Civitas S.A., 1997

Welzel Hans, Derecho Penal Alemán, Editorial Jurídica de Chile, 1987

Gunter Jakobs, La imputación objetiva en el Derecho Penal, Editorial Grijley, Perú, 2001

Fernando Tenorio Tagle, Cultura, sistema penal y criminalidad, Universidad Autónoma Metropolitana, México, primera edición, 2002

Saber, Allegemeine Strafrechstehre, 1995

Noll, Wertabwang Prinzip del Rechtfertigun, 1965

José Cereso Mir, Temas fundamentales de Derecho Penal, Tomo U, Rubinzal Culzoni editores, Buenos Aires, Argentina

Ramiro Ávila Santamaría, NEOCONSTITUCIONALISMO Y SOCIEDAD, Serie de Justicia y Derechos Humanos, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Primera Edición. 2008.

Jesús María Silva Sánchez, Estudios de Derecho Penal, Grijley, Lima-Perú, 2000

De Souza Santos Boaventura, Globalización y Derecho, 2000. s/e

Julio Cesar Trujillo, Los Derechos en el proyecto de Nueva Constitución, Primera Edición, S-E, Quito, 2008

Maurach Reinhart, Derecho Penal Parte General, Editorial Astrea, 1994

Armaza Galdós Julio, el estado de necesidad justificante, Universidad Nacional Altiplano, 2000.

Ramiro Avila, Agustín Grijalva y Rubén Martínez Dalmau, Desafíos Constitucionales, La Constitución de 2008 en perspectiva, Serie Justicia y Derechos Humanos, Primera Edición, Quito, 2008.

Manual de Derecho Penal Ecuatoriano. Parte General. Ernesto Albán Gómez, Ediciones legales, primera edición, Quito, Ecuador

Hirsh, Hans Joachim, La posición de la justificación y de exculpación en la teoría del delito, Bogotá, Universidad de Externado de Colombia, 1996

Kindhauser-Gefahrung als Strataf, Frankfurt, 1989. p. 144, incluido en Roland Hefendehl, Bienes jurídicos colectivos y Derecho de Peligro Abstracto

Teoría del Estado en el Ecuador, Julio César Trujillo, Corporación Editora Nacional, segunda edición, Quito, 2006

Universidad del Azuay, Revista Coloquio, No 37, Graficas Hernández, Cuenca, 2008.

[www.um.es/facdere-publicaciones](http://www.um.es/facdere-publicaciones)

<http://wikipedia.org/wiki>

Constitución Política del Estado, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2008

Código Penal Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito, Ecuador, 2005

Declaración de las Naciones Unidas sobre el derecho de los pueblos indígenas  
Convenio OIT N. 169 sobre pueblos indígenas y tribales

<http://www.corteidh.or.cr>. Caso Awas Tinguí