

Tribunal Superior de Medellín

Estado de necesidad y dignidad humana

Para la configuración del estado de necesidad se requiere que el sujeto carezca de otros medios para superar el conflicto; pero, en todo caso, debe tratarse no solo de medios lícitos sino también acordes con la dignidad humana. Para proteger los bienes jurídicos el ordenamiento jurídico no puede exigir la utilización de un medio lícito pero indigno, como es la prostitución.

Magistrado Ponente: Dr. RUBÉN DARÍO PINILLA COGOLLO
Agosto 13 de 1990

Comentario: MARIO ALBERTO ARENAS ALZATE*

Hechos:

Cerca del mediodía del domingo 10 de diciembre del año pasado, Jesús María V. bajó hasta el sector conocido como "la última copa" del municipio de Fredonia y en el camino se encontró a Hugo Alberto R. C., a quien por conocer el sector y ser adicto a los estupefacentes le solicitó que le adquiriera la suma de mil quinientos pesos de cocaína base, conocida comúnmente como basuco, para su consumo personal; este se acercó, entonces, a la residencia habitada por Olga Lucía C. O., madre de cuatro pequeños y dedicada a la prostitución, quien le vendió once (11) porciones de la droga que Hugo Alberto R. le entregó luego a Jesús María V., no sin antes recibir doscientos o trescientos pesos de este último por haberle adquirido y suministrado la sustancia.

Cuando apenas se había cerrado ese círculo, los agentes de la Policía Nacional J. J. M. R. y J. M. T. G., adscritos a la Policía Judicial de esa institución y quienes habían presenciado toda la operación, se acercaron a Jesús María V., hallándole la sustancia que recién había adquirido y procediendo a su aprehensión, al igual que a la de Hugo Alberto R. y Olga Lucía C., una vez confirmaron lo que habían percibido.

Sobre esos hechos pasa a pronunciarse la Sala, con fundamento en las siguientes

Consideraciones

1° No es necesario extenderse sobre la demostración de los elementos objetivos del tipo penal por el cual fue citada a audiencia pública y condenada en primera instancia Olga Lucía C. O., ni sobre la autoría

* Abogado de la Universidad de Medellín.

sico-física de la conducta, pues la prueba es pródiga al respecto y ese conocimiento fue transmitido al proceso por diversas fuentes que enseñan que ella le vendió a Hugo Alberto R. C. la cantidad de quinientos veinticinco miligramos (0,525 gramos) de cocaína base...

2° Sin embargo, no puede desentenderse de la sala de las lacerantes condiciones en que se desenvolvía la vida de Olga Lucía C. y que muy seguramente tuvieron incidencia en la comisión del hecho que se le atribuye.

Según se lee en su indagatoria (fl. 10) y en las declaraciones que se recibieron sobre su conducta (fls. 13, 17 y 24), pues sobre el particular poco se indagó a pesar de lo ostensible e inquietante que resultaba el punto, sus padres fallecieron y nada se conoce sobre su familia próxima o cercana; a sus 21 años de edad es madre de cuatro niños, el mayor de los cuales apenas llega a la edad de 8 años y la menor al año y medio, por cuya subsistencia debe velar y con los que vive sola en una habitación contigua a la residencia de la señora Rosa Elvira Jaramillo y por la cual le paga la suma de cuatro mil pesos mensuales; como carece en absoluto de bienes distintos a su propio cuerpo, para atender a esas necesidades debe recurrir al ejercicio de la prostitución o, como ella dice, "vivo rebuscándome la plata con hombres" e incluso, en razón de ello, ha tenido que viajar al municipio de Turbo en algunas épocas "a conseguirme la plata con mi cuerpo", lo cual no debe resultarle nada fácil por su misma apariencia (es de pequeña estatura, tiene una cicatriz en su rostro y solo posee algunos de los dientes inferiores, por lo demás "sumamente deteriorados") y todo ese panorama de miseria no es extraño pues ni siquiera "sé leer ni escribir, no estudié no estuve ni en la escuela".

Con no poca frecuencia se pasan por alto circunstancias como las que acaban de describirse, por una tendencia bastante difundida entre la judicatura que se limita casi que exclusivamente a la comprobación de los elementos del tipo objetivo o la materialidad de la conducta que antes caía bajo la denominación de cuerpo del delito y si acaso se preocupa por indagar por los ingredientes subjetivos del tipo penal.

De esa forma se reduce la estructura del delito, sin indagar por el injusto ni por la reprochabilidad de la conducta y se llega a límites que tocan el umbral de la responsabilidad objetiva, todo en aras de combatir el fenómeno de las drogas y de una protección a ultranza de la salud pública, si se entiende que es ese el bien jurídico tutelado por el Estatuto Nacional de Estupefacientes, pero sin comprender cabalmente las distorsiones de la política

criminal que se esconde detrás de su regulación penal, en la cual se pueden descubrir no pocas incoherencias, por decir lo menos, como lo han develado los estudios recientes de la criminología sobre el tema, asunto sobre el cual no va a extenderse la Sala.

Pero no puede menos que reiterar, eso sí, la doctrina contenida en sentencia del 13 de febrero de este año y de esta misma Sala, en un caso de perfiles sustancialmente idénticos; en aquella oportunidad se dijo:

"Ahora bien, no puede la sala sostener, como lo hace la fiscalía en esta instancia, que "el comercio libidinoso le reportaba el sustento para atender a las necesidades de su núcleo familiar.

"¡Pues no! Nada más equivocado; aunque el ejercicio de la prostitución no es ilícito (art. 179 del decreto 1355 de 1970 o Código Nacional de Policía), no puede pasarse por alto que su esencia es contraria a la dignidad humana y al derecho de toda persona de contar con unas condiciones de vida adecuadas sin tener que recurrir a medios que lesionan su integridad síquica y moral y, precisamente por eso, el art. 120 del decreto 522 de 1971, reformativo del art. 178 del Código Nacional de Policía, dispone que es obligación del Estado utilizar "los medios de protección social a su alcance para prevenir la prostitución y para facilitar la rehabilitación de la persona prostituida.

"Cuando el Estado no presta esa protección y la persona se ve abocada al dilema de preservar su libertad sexual, violentada y constreñida por unas condiciones inaceptables de existencia, y su dignidad humana, proscribiendo aquellos medios que atentan contra su integridad, o recurrir a la comisión de un hecho ilícito, el que escoja la alternativa de la violación de la norma legal para salvaguardar esos derechos y su subsistencia y la de su familia, sin tener que acudir a medios indignos para la persona, configura un dásico estado de necesidad (art. 29, numeral 5° del Código Penal).

"Mal podría la justicia, sin correr el riesgo de ser injusta y dejar de cumplir su cometido, exigirle a María Aurora, bajo la amenaza de una pena, que continuara atendiendo a la satisfacción de sus necesidades básicas por la vía del comercio deshonroso y deshumanizante de su cuerpo, que nada le obliga a afrontar, ni desde el punto de vista jurídico, ni desde ningún otro.

"Precisamente, la esencia del estado de necesidad, que nuestra legislación penal no distingue entre justificante y exculpante, como lo hacen otras, es el conflicto de bienes o intereses, que obligan a sacrificar unos para salvaguardar otros".

Ciertamente que el estado de necesidad requiere cierta ponderación entre los derechos o bienes jurídicos en conflicto que es lo que autoriza el mal

que se causa a uno para proteger otro de mayor valor o por lo menos equivalente, pero esa condición no está ausente en el evento que estudia la Sala y en el cual Olga Lucía C. O. estaba abocada a un peligro inmediato para su vida y la de sus hijos y corría riesgo la familia que, de una u otra manera, había constituido, la formación y educación de la prole y la subsistencia en condiciones medianamente dignificantes, que no es decir poco si se le equipara con la salud pública, en el ámbito reducido en que ella podía afectarla.

No olvida la Sala que en esa contradicción entre los distintos bienes del agente debe carecer de otros medios para superar el conflicto, que es lo que nuestra legislación penal consagra al expresar que el mal o peligro no sea "evitable de otra manera", pero debe entenderse que se refiere no solo a medios lícitos y la prostitución es uno de ellos, porque en el punto entran en juego otros bienes jurídicos de inestimable valor como lo son la dignidad humana y los derechos de la mujer, reconocidos por pactos internacionales y que hacen parte de nuestra legislación interna por haber sido adoptados por distintas leyes (ley 74 de 1968 aprobatoria del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y de derechos civiles y políticos, ley 16 de 1972 aprobatoria del Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre derechos humanos y ley 51 de 1981 aprobatoria de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer).

En efecto, es necesario entender que si en la esencia del estado de necesidad hay un conflicto de bienes jurídicos que autoriza a salvaguardar uno de ellos, mal podría exigirse al agente que acuda a medios lícitos pero lesivos de sus derechos, so pena de incurrir en un delito, pues en tal caso interviene un tercer bien jurídico y debe ser ponderado al igual que los otros y aquí no puede olvidarse, aparte de lo dicho y de otras consideraciones que pudieran hacerse, que la prostitución de la mujer es también un tema de salud pública; en caso contrario, se le estaría obligando de todas maneras a sacrificar sus derechos legalmente tutelados, lo que resulta opuesto al principio que inspira el estado de necesidad e implicaría, en el evento que ocupa la atención de la Sala, despojar a la pena de los mínimos niveles de legitimidad que ella requiere para justificar su aplicación y ser jurídica y socialmente aceptable, por lo menos en alguna medida.

No se le puede decir a la procesada, sin contrariar el derecho y la justicia, que tenía un medio lícito pero indigno y era suficiente que acudiera a él para superar el conflicto.

En todo lo anterior encuentra la Sala los elementos objetivos que le dan vida al estado de necesidad.

3° Si bien el injusto es un asunto fundamentalmente objetivo, es preciso que el agente obre movido por esa circunstancia y más aún en el caso del estado de necesidad porque de lo contrario el daño que se le irroga a los derechos de terceros contendría elementos de desvalor en el acto.

Precisamente, como Olga Lucía C. O. negó la comisión del hecho como estrategia de defensa y que resulta explicable a la luz de la psicología y la doctrina del derecho probatorio, privó a la justicia de conocer las verdaderas dimensiones y motivaciones de su acto, sin que exista prueba cierta para llegar a conclusiones definitivas sobre el punto.

Pero para la Sala es claro que esa conducta procesal no puede constituir un argumento para pasar por alto el instituto que se viene analizando o negar su reconocimiento, ni puede ser un obstáculo para hacer de ese tema objeto de investigación, pues una vez advertido el fenómeno de un eventual estado de necesidad como hecho objetivo, así el procesado no lo haya alegado porque por distintas circunstancias eligió otro mecanismo de defensa, la ley procesal obliga a indagar sobre el punto para realizar los fines del proceso y a establecer si el agente obró en ese estado y si disponía de otros medios lícitos o legítimos y dignos para superar el peligro, evaluación que siempre debe hacerse en cada caso concreto pues no se trata de perpetuar la situación en el tiempo y que en este, como en otros, pasó casi desapercibido durante la instrucción.

No otra cosa se desprende de los arts. 11, 358 y 360 numerales 3°, 4° y 5° del Código de Procedimiento Penal que consagran que la finalidad del procedimiento es la efectividad del derecho material y, por tanto, el funcionario debe investigar con igual celo los hechos que permiten establecer la responsabilidad del procesado y los que lo eximan de ella o la aminoren, en torno a lo cual se prevé como objeto de investigación los motivos que influyeron en la violación de la ley y las circunstancias de distinta índole que hacen posible descubrir por qué y en cuáles condiciones se transgredió la norma penal para derivar de allí las consecuencias jurídicas.

En tal caso, lo que en definitiva viene a conducir a la absolución de Olga Lucía C. O., establecido en principio el estado de necesidad como hecho objetivo, es la norma del *in dubio pro reo*, pues la prueba no permite afirmar la cabal estructuración de todos los elementos que configuran ese instituto, pero tampoco lo contrario.

Por las consideraciones anteriores, se revocará entonces la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se le absolverá de los cargos.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, *confirma* la sentencia objeto de consulta en cuanto condena a Jesús María V. y Hugo Alberto R. C. como responsables penalmente de haber realizado la contravención descrita en el art. 51 de la ley 30 de 1986, como autor y cómplice, respectivamente, párrafos 5º, 6º y 7º de la parte resolutoria del fallo, con la *reforma* que la multa impuesta a ellos deberá cancelarse a órdenes del Fondo Rota-

torio de Prevención, Represión y Rehabilitación del Consejo Nacional de Estupefacientes.

Revoca la misma sentencia en cuanto condena a Olga Lucía C. O. por el hecho punible descrito en el art. 33, inc. 2º de la ley 30 de 1986, párrafos 1º a 4º, y, en su lugar, la *absuelve* de ese cargo, por el cual se le citó a audiencia pública en este proceso.

En consecuencia, *ordénase* su libertad inmediata e incondicional. Por vía telegráfica, librese la orden correspondiente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase

COMENTARIO

I) En muchas ocasiones, quienes profesamos algún especial interés por la ciencia penal y su relación con la justicia y la defensa de los derechos y garantías individuales, nos hemos sentido casi derrotados cuando en no pocas oportunidades descubrimos que gran parte de las providencias que se profieren dentro de los procesos penales, son solo el resultado de una aplicación prácticamente aritmética de las normas tanto sustantivas como adjetivas; procesos en los que definitivamente, del horizonte que los debe orientar se han perdido de vista elementos tan esenciales como el sentido y fin de las normas, las condiciones personales y sociales del sindicado, la sana y favorable interpretación de los preceptos legales y, sobre todo, se han desdibujado los deberes que la ley impone a quienes instruyen y fallan.

Es así como nos enteramos de que, en materia probatoria, la estructura estratificada del delito de la que habla el art. 2º del C. P., ha sido cercenada hasta dejar solo los elementos objetivos del tipo, porque los demás estratos del hecho punible han sido presumidos en la práctica. De igual forma encontramos que el llamado "Programa Mínimo Investigativo" contenido en el art. 360 del C. de P. P. ha sido reducido a dos o tres numerales; y, lo más grave, figuras de tanto contenido jurídico y humano como la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, no existen ya en la normatividad que aplican algunos de quienes deciden en derecho.

Precisamente, son estos aspectos que acabamos de mencionar, los que rescata esta providencia, de los cuales hemos decidido destacar tres: Uno que podríamos llamar sustantivo y otros dos que llamaremos adjetivos o procesales.

II) En lo sustantivo, resulta destacable la forma acertada en que el Tribunal reconoce el estado de necesidad en que actuó la procesada al preferir la violación de las normas del Estatuto Nacional de Estupefacientes (ley 30/86), antes de permitir que se concretara en un daño real ese peligro inminente que amenazaba el bienestar y la subsistencia de su familia, pero principalmente su dignidad de ser humano, su dignidad de mujer.

El mérito reside básicamente en que la sala en principio parte de que efectivamente, a la luz del numeral 5º del art. 29 del C. P., el peligro que corría la supervivencia de Olga Lucía y la de sus hijos, "era evitable de otra manera", acudiendo para ello a un medio lícito: la prostitución. Pero no obstante haberlo aceptado

así, en este punto el tribunal echa mano de una ejemplarizante interpretación teleológica y sistemática de las normas penales, para concluir que los derechos humanos y la dignidad de la mujer son también derechos elevados a la categoría de bienes jurídicos, al ser reconocidos por pactos internacionales que han sido recogidos por la legislación nacional. Por ello, no podía exigírsele a Olga Lucía, —ni a ningún otro ciudadano— que continuara vendiendo su cuerpo y de paso renunciando al derecho a subsistir dignamente en aras de respetar las normas penales. Resalta la forma en que el fallo hace recordar que los bienes jurídicos no solo son los protegidos por las normas del Código Penal.

III) Pasando ahora al primero de los aspectos adjetivos, tenemos que destacar que la sala, al analizar lo tocante a la instrucción del proceso en primera instancia, recurre, como lo hizo antes, a la concatenación coherente de las normas procesales para fijar, como no lo hizo el *a quo*, el verdadero sentido de los arts. 11, 358 y 360 del régimen procedimental. Haciendo sentir de forma sencilla pero muy clara, además, que nunca el instructor puede olvidar y mucho menos recortar el alcance de estos preceptos, pues muy por el contrario antes que contener una facultad, aquellas normas le imponen el deber de indagar con igual preocupación todas las condiciones y circunstancias que le sean favorables al procesado; ello sin que exista la necesidad —y he aquí la importancia de la decisión— de que el procesado las utilice como medio de defensa, pues ya la ley ha sido lo suficientemente clara, de modo tal que basta la existencia de meros indicios sobre la posible configuración de una eximente o aminorante de responsabilidad para que surja en el instructor la obligación de velar porque al proceso se aporte todo el material probatorio que desvirtúe o confirme tal circunstancia; máxime cuando el sujeto de la investigación es un ser humano de dimensiones personales, familiares y sociales muy particulares.

IV) Por último, podríamos decir que el mérito de la providencia en comento alcanza su máxima expresión cuando la Sala de Decisión Penal reconoce que precisamente Olga Lucía, al negar su participación en el hecho, impidió al juez de primera instancia conocer en su totalidad sus condiciones de vida y las motivaciones de su conducta; no existiendo por ello las pruebas que pudieran corroborar o desvirtuar con certeza la existencia del estado de necesidad. En este sentido resulta entonces relevante el hecho de que tal circunstancia no constituyó obstáculo alguno para que el *ad quem* declarara la absolución de la procesada al acudir al real sentido y legítimo fin del principio del *in dubio pro reo*, pues tampoco había prueba que desvirtuara cabalmente la causal de justificación. Se resolvió la duda en favor de la sindicada, y por ende en favor de los derechos humanos, en favor de la sana y humana aplicación del derecho y, definitivamente, en favor de la justicia.

Como corolario de la corta introducción que hicimos a este comentario, solo resta concluir que decisiones judiciales como esta y otras de igual talante, nos alienan pero a la vez comprometen a seguir trabajando en pos de la recta y humana aplicación de la justicia penal, para que sentencias como esta no sean ya la excepción sino la regla general.