

EL ESTADO DE NECESIDAD ¿ES UN CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO?¹⁵

THE STATE OF NECESSITY IS IT AN INDETERMINATE LEGAL CONCEPT?

Hernán Diego Herrera¹⁶

Universidad Nacional de San Luis
hernanherrera@hotmail.com

Resumen: El artículo 34 del Código Penal argentino establece el Estado de Necesidad como una eximente penal, pero omite detallar sus parámetros de aplicación, efectos jurídicos, clasificación teórica (ya sea como estado de necesidad agresivo o defensivo), así como también su rol sistemático en la teoría del delito (esto es, si se trata de una causa de justificación o de una causal de exclusión de la culpabilidad). Ante esta ausencia de precisión normativa, un sector minoritario de la doctrina y algunos fallos judiciales proponen una interpretación flexible, particularmente en casos de vulnerabilidad y violencia de género, argumentando que tal flexibilidad se justifica por la ambigüedad de la ley y es coherente con la naturaleza plural del derecho penal argentino.

Palabras claves: Estado de necesidad, interpretación, tolerancia a la imprecisión legal.

Abstract: Article 34 of the Argentine Penal Code designates the state of necessity as a penal exculpatory factor. However, it fails to detail its application parameters, legal effects, theoretical classification (whether as an aggressive or defensive state of necessity), and its systematic role within the theory of crime (namely, whether it serves as a cause for justification or a ground for exclusion of culpability). In the face of this normative imprecision, a minority within legal scholarship and certain judicial rulings suggest a flexible interpretation, particularly in instances of vulnerability and gender-based violence, positing that such flexibility is warranted by the law's ambiguity and is consistent with the pluralistic nature of Argentine criminal law.

Keywords: State of necessity, interpretation, tolerance of legal imprecision.

¹⁵ Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PROICO 15-20 "Derecho y Lenguaje: Análisis y delimitación de criterios judiciales". Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales. Universidad Nacional de San Luis.

¹⁶ Abogado por la Universidad Nacional de Córdoba, Máster en Derecho Penal y Ciencias Criminales por la Universidad de Sevilla (España), Especialista en Ciencias Penales por la Universidad de Mendoza. Es Profesor Adjunto de la materia Derecho Penal Parte Especial en la Facultad de Ciencias Económicas, Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de San Luis. (UNSL).

I. Introducción

Existen diversas situaciones en las que una acción típica puede considerarse justificada, es decir, no antijurídica. Tales circunstancias se conocen como causas de justificación, que son permisos otorgados por la ley para realizar una acción típica en situaciones específicas. Ahora bien, tales causas de justificación no solo tienen efectos en el ámbito penal, sino que también pueden tener implicaciones en otros ámbitos del derecho, como el civil o administrativo, ya que esto se debe al principio de unidad del orden jurídico, que impide que una acción sea permitida en un ámbito y prohibida en otro. Asimismo, las causas de justificación —a diferencia de las excusas— benefician a los partícipes y eliminan la responsabilidad civil de su autor, ya que no hay motivo para exigir la reparación de un daño que el derecho permite o habilita.

Las causas de justificación por necesidad reconocidas por la ciencia penal son tres: el *estado de necesidad agresivo* (un sujeto en peligro logra salvarse del mal que lo amenaza con daño a un tercero), el *estado de necesidad defensivo* (un sujeto en peligro causa un mal al sujeto que, sin atacarlo, de algún modo es responsable por el peligro), y la *legítima defensa* (un sujeto se defiende, reacciona, contra un ataque de otro), debiendo aclararse que en el presente trabajo solo nos ocuparemos de las dos primeras situaciones.

A partir de ello, cabe destacar que el uso de la expresión Estado de Necesidad (en adelante EdN) recae sobre aquel grupo de situaciones sociales en las que se realiza una conducta típica que termina siendo necesaria ante un peligro actual o inminente de daño que amenaza bienes o intereses jurídicamente protegidos. Esta situación es característica de los dilemas que surgen en los estados de necesidad, donde las decisiones que se adopten deben equilibrar y ponderar los valores y derechos en conflicto.

Se aclara que la dogmática penal analiza ambos estados de necesidad —defensivo y agresivo— bajo la categoría del *EdN justificante*, cuando una acción necesaria frente a un peligro inminente protege derechos legítimos, causando un daño menor al bien jurídico salvaguardado. En otras palabras, dichos comportamientos son considerados justificados cuando a través de los mismos se evita que ese daño lesione otro bien jurídico de menor valor que el salvaguardado con la acción necesaria. Dicha solución surgiría del artículo 34 inciso 3° del Código Penal (C.P.), que contiene una regla de aplicación general que regula el EdN, señalando que no resulta punible aquel que “causare un mal por evitar otro mayor inminente al que ha sido extraño”. De esta forma, se autoriza a un sujeto a cometer un daño sobre un bien jurídico ajeno (que pertenece a otro que no ha infringido la ley) para evitar un mal mayor (ya sea sobre un bien jurídico propio o ajeno). Por ejemplo, se permite el hurto de un vehículo para salvar una vida o la entrada sin permiso a una propiedad (violación de domicilio) para escapar de un agresor.

Sin embargo, nos encontraremos frente a un supuesto de *exclusión de culpabilidad* (también denominado de *EdN exculpante o disculpante*) cuando el mal que se ocasiona es igual o mayor que el que se evita, de allí que solo excluye la culpabilidad, cuando no es exigible una conducta menos lesiva. Tal situación ha sido ilustrada clásicamente con el ejemplo de la *tabula unius capax*, también conocida como la tabla de *Carnéades*; en este caso, se plantea la situación hipotética de un naufragio donde dos personas se encuentran en el mar, y una de ellas logra obtener una tabla flotante que solo puede soportar el peso de una persona. Ante esta situación desesperada, la persona que no tiene la tabla podría ser eximida de responsabilidad penal si decide tomar la tabla para salvar su vida, incluso si esto implica privar al otro individuo de su medio de salvación. El referido ejemplo sirve para ilustrar la idea de que en situaciones extremas de peligro vital, la conducta que en condiciones normales sería considerada un acto ilícito puede llegar a ser exculpada bajo el principio de EdN, siempre y cuando se cumplan ciertos requisitos como la proporcionalidad entre el mal causado y el bien protegido, la ausencia de otro medio para evitar el peligro, y la ausencia de deber de sacrificio por parte del sujeto que realiza la

conducta necesaria para salvarse. Ahora bien, esta situación es ubicada por la doctrina en el artículo 34 inciso 2° del C.P., ya que se considera que dicho comportamiento carece de un umbral de libertad suficiente como para poder afirmar que la comisión del hecho ilícito fue una elección del sujeto. En efecto, la libertad constituye el fundamento de la culpabilidad, permitiendo así establecer el correspondiente juicio de reproche que justifica la sanción por el delito cometido. La elección libre de una conducta antijurídica se somete al juicio de culpabilidad, siempre que haya sido posible para el sujeto actuar de acuerdo con la norma prohibitiva. Por lo que, en situaciones donde no se puede demandar del individuo una conducta conforme a la norma, debido a la imposibilidad de actuar correctamente, se cuestiona la exigibilidad y, por ende, la validez del reproche.

Se aclara que la metodología seguida para la elaboración de este trabajo es de tipo cualitativa y se centra en la revisión de textos fundamentales del derecho penal, la normativa argentina -especialmente el artículo 34 del Código Penal- y el estudio de algunos casos judiciales dictados recientemente en nuestro país, todo ello con el objeto de intentar desentrañar los fundamentos del EdN, así como también sus requisitos de procedencia y límites. Sin perder de vista que en estos supuestos, la ley permite que se ocasione un daño o se afecte a un tercero inocente —como resultado de un contexto situacional específico de necesidad en el que se encuentra el autor de la acción—, y que nos encontramos frente a tipos penales abiertos de permisión y de inexigibilidad de conducta, que le otorgan al juez la facultad de interpretar y aplicar la ley con cierta flexibilidad en función de las circunstancias del caso.

II. Naturaleza jurídica y Fundamentos del Estado de Necesidad

En las ciencias sociales se discutió la idea y el modo de tratar el EdN. En este sentido, de conformidad con la escuela filosófica clásica del Derecho natural, el orden jurídico mismo parecería quedar abolido en el estado de necesidad (así opinaban entre otros Grocio, Pufendorf).

Posteriormente adquirió preponderancia, tanto en la legislación como en la ciencia, la postura de Kant (1797) para quien la fuerza irresistible, generada por la necesidad, excluye la responsabilidad. Este filósofo, sostuvo que el EdN no altera la ilicitud del acto, que sigue siendo contrario a la ley. Asimismo, señaló que la amenaza de una pena futura no disuade a una persona que enfrenta un peligro inmediato y seguro, ya que su accionar resulta necesario para evitar un mal inmediato. Añadiendo que, en estos supuestos de necesidad extrema, el individuo intentará evitar el peligro inmediato (muerte, hambre, lesión grave) aunque deba desobedecer la ley, ya que la pena futura y poco segura no compite con la urgencia presente. Concluyendo que la ley no puede prevenir la conducta ilícita en estas circunstancias, de allí que el Estado renuncie en estos casos a su derecho de imponer una pena, reconociendo su ineficacia práctica en estos contextos.

Por su parte, Hegel (1821) aborda el estado de necesidad como una situación en la que una persona se ve obligada a actuar en contra de la ley debido a circunstancias extremas e inevitables. Para Hegel, el estado de necesidad plantea un conflicto entre la moralidad y la legalidad. Aunque reconoce la posibilidad de que la ley ceda ante la necesidad en casos extremos donde la vida o la libertad están en juego, considera que esto no constituye una justificación moral completa. Dicho autor, sostuvo que “el derecho no puede ser violado por un fin, por noble que sea, sino solo por otro derecho”. Esta afirmación refleja su posición respecto a que la legalidad debe prevalecer sobre la moralidad en términos generales, aunque reconoce excepciones en situaciones de extrema urgencia.

Entre los primeros dogmáticos del derecho penal, se encuentra el positivista Von Listz (1881) quien sostuvo que el estado de necesidad era principio esencial para el equilibrio del sistema jurídico. Según su enfoque, el estado de necesidad justificaba la realización de una conducta típica cuando este era necesario para evitar un mal mayor, destacando que funcionaba como un mecanismo de equilibrio que permite la protección de bienes jurídicos fundamentales. Dicho autor enfatizó la importancia de considerar las circunstancias individuales de cada caso al aplicar el estado de necesidad, ya que la evaluación de la proporcionalidad entre el mal causado y el mal evitado desde su perspectiva era crucial para determinar si una conducta encajaba dentro de este principio justificante.

Luego, Beling (1944) –enrolado en la mencionada concepción jurídico-dogmática positivista– propuso una teoría que reflexionaba sobre el valor relativo de los bienes jurídicos en juego a efectos de determinar la licitud de un acto en EdN. Según esta teoría, un acto sería lícito si el bien jurídico que se salva es de mayor valor que el bien jurídico sacrificado. En cambio, sería ilícito si el bien jurídico salvado es de menor valor que el bien sacrificado. Si ambos bienes jurídicos tienen el mismo valor, el acto sería considerado irrelevante para el Derecho y se equipararía a un caso fortuito. Dicha teoría se basaba en una evaluación comparativa de los bienes jurídicos involucrados en la situación de necesidad, ya que consideraba que el Derecho debe proteger y preservar los bienes jurídicos de mayor valor, incluso si esto implica sacrificar un bien de menor valor. A través de dicha teoría, el referido autor positivista buscaba establecer un equilibrio entre la protección de los bienes jurídicos y la necesidad de actuar en situaciones de extrema urgencia.

Por su parte Mezger (1935) –uno de los precursores de la concepción normativista–, el estado de necesidad excluye la antijuridicidad siendo por tanto considerado como una causa de justificación.

Mayer (1954) sostuvo que el EdN actúa igual que la coacción, privando al individuo de la libertad de obrar y excluyendo, por lo tanto, la culpabilidad. Añadiendo que, en estas situaciones, el individuo se encuentra ante una disyuntiva extrema en la que debe elegir entre causar un daño a un bien jurídico ajeno o permitir que un mal mayor ocurra, ya sea sobre un bien jurídico propio o ajeno (pp. 375-388). Esta elección forzada elimina la posibilidad de actuar de manera completamente libre y voluntaria, similar a lo que ocurre en casos de coacción.

El padre de la concepción finalista, Welzel (2004) consideró al estado de necesidad como una situación en la que una persona se ve obligada a actuar contra la ley para evitar un mal mayor o proteger un bien jurídico. Para este autor, el estado de necesidad no justifica el acto, pero excluye la culpabilidad del individuo. Por lo que distingue entre dos tipos de estado de necesidad: el justificante, cuando se sacrifica un bien jurídico para salvar otro de mayor valor, y el exculpante, cuando se actúa para evitar un mal grave e inminente y no hay otra opción razonable. En ambos casos, el acto sigue siendo formalmente ilícito, pero el individuo no puede ser culpado por su realización debido a la extrema necesidad en la que se encontraba.

Jescheck (2002), a favor de la ponderación de intereses, sostiene que, a diferencia de la legítima defensa, el estado de necesidad “solo descansa sobre el principio de la conservación del interés amenazado de mayor valor” (p. 387).

Por su parte, el funcionalista Roxin (1997), refiere que si el Derecho Penal y el derecho en general constituyen una regulación socialmente justa de intereses contradictorios, el estado de necesidad requiere, per se, siempre una colisión de intereses legítimos. Destacando que, en todo caso, el acto ejecutado en estado de necesidad sólo es admisible cuando el peligro no puede evitarse de otro modo (principio de subsidiariedad). A esta situación, la restrictividad propia de la materia penal añade la exigencia de que se trate de un peligro real, actual o inminente sobre bienes jurídicos propios o ajenos. Asimismo, refiriéndose a las modificaciones introducidas en el Código Penal Alemán, señala que en

estos supuestos se combinan dos principios: el de la ponderación de intereses a favor de la preponderancia sustancial sobre el interés que se menoscaba y la valoración ético-social positiva, en el sentido de que se trate del “empleo correcto para un fin correcto” (p. 686). Según otras perspectivas, no todas las situaciones cubiertas por el estado de necesidad tienen un fundamento común subsumible en el interés preponderante o la ponderación de intereses o bienes. Si la actuación necesaria es reactiva o defensiva (estado de necesidad defensivo), el principio de justificación es similar al de la legítima defensa, mientras que si la actuación es agresiva, el principio es la solidaridad, en ambos supuestos con límites racionales (proporcionalidad). Esta es la postura de Jakobs (1997) -precursor del funcionalismo sistémico o radical- quien refiere que el principio de responsabilidad agrupa a las justificantes en las que el conflicto se suscita por el comportamiento imputable (por organización) a la víctima (por ej., legítima defensa, estado de necesidad defensivo), mientras que el principio de solidaridad fundamenta las justificantes en las cuales se recurre a la víctima en beneficio principalmente de la generalidad (estado de necesidad agresivo, intervenciones estatales por sospecha), y que cada principio se encuentra recortado por el principio de proporcionalidad que remite a la ponderación de intereses entre daño producido y bien salvado (pp. 421-422).

En Argentina, Soler (1992) sostuvo que el estado de necesidad justifica la acción porque el ordenamiento jurídico debe permitir la realización de la conducta que, ante un conflicto de bienes, opta por la protección del más valioso. Según Soler, este instituto se fundamenta en el principio de que el Derecho no puede exigir al individuo que sacrifique un bien más valioso cuando puede evitar un mal mayor mediante una acción típicamente antijurídica (pp. 312-315).

Por otra parte, Núñez (1992) destaca que el estado de necesidad debe ser evaluado con un criterio de razonabilidad y proporcionalidad, donde el juez tiene un rol crucial en determinar si la acción realizada en un contexto de necesidad es justificable a la luz de los bienes jurídicos protegidos; de allí que considerara que el estado de necesidad encuentra su fundamentación a través del principio del interés preponderante, que asume la salvaguarda del interés o bien más valioso (pp. 318-319).

Bacigalupo (1999), resaltó que el estado de necesidad debe ser analizado no solo desde la perspectiva de la ponderación de bienes, sino también considerando la razonabilidad y proporcionalidad de la acción realizada (pp. 375-378).

Carlos Creus (2003) plantea que el estado de necesidad debe ser visto como un mecanismo de balance entre los intereses en conflicto, permitiendo que, en situaciones extremas, se pueda optar por la realización de una conducta típica si esta resulta imprescindible para evitar un mal mayor. Añadiendo que la legitimación de esta conducta se basa en un juicio de ponderación concreto y en la proporcionalidad del daño causado en relación con el mal evitado.

Por su parte, Donna (2008) sostiene que la fundamentación del estado de necesidad descansa en la ponderación de bienes o intereses, en la cual ingresan criterios valorativos, tales como la comparación entre los bienes en conflicto, el mal causado y el mal evitado (pp. 271-272).

En similar sentido, Zaffaroni et al. (2011) destaca que la fórmula legal argentina “no indica como criterio la ponderación abstracta de los bienes jurídicos, sino que requiere una ponderación concreta de males”, en los que ingresan como criterios de ponderación la intensidad de la afectación objetivamente como en relación a las circunstancias personales de los titulares de los bienes y a la proximidad del peligro acaecido (p. 634).

Como se advierte, en la doctrina no existe un verdadero consenso acerca de la naturaleza jurídica del EdN. Sin perjuicio de ello, adherimos a la postura asumida por Zaffaroni (2011), ya que consideramos que la misma se ajusta a una concepción de derecho penal liberal-democrático, en tanto que reconoce la convivencia de diferentes criterios axiológicos. Repárese que dicho instituto del derecho penal permite la afectación de diferentes bienes jurídicos (por ej., la propiedad, el honor o la libertad), de modo tal que

resultaría viable la lesión de casi todo bien jurídico, a excepción de la vida de las personas, desde que no cabe jerarquizar vidas humanas (de allí que el homicidio nunca pueda justificarse por estado de necesidad).

De ello se sigue que el obrar bajo un EdN puede traer aparejada una multiplicidad de resultados, por lo que su aplicación no debe basarse únicamente en un análisis utilitarista de los intereses en juego. Es crucial adoptar un enfoque contextual y proporcional, considerando las circunstancias específicas del caso y los valores implicados en la interpretación de la ley. Así, se evita reducir la cuestión a un mero conflicto de intereses y se asegura un análisis integral que tenga en cuenta, el riesgo o peligro acaecido, la relevancia jurídica de los bienes o intereses en pugna, la intensidad de los males a salvaguardar y menoscabar, y las características personales de los involucrados.

III. Ubicación sistémica del Estado de Necesidad

A diferencia de lo que sucede en nuestro país, una parte considerable de la doctrina extranjera (especialmente en Alemania) considera que todos los estados de necesidad son justificantes. Esto implica que incluyen en el ámbito de la antijuridicidad los casos de estado de necesidad exculpante, en los cuales el mal que se ocasiona es igual o mayor que el que se evita, y que solo excluyen la culpabilidad cuando no es exigible una conducta menos lesiva. Este posicionamiento se corresponde con las teorías unificadoras, las cuales sostienen que el estado de necesidad es siempre un problema de justificación y que encuentra su lugar sistemático en el aspecto negativo de la antijuridicidad.

Entre los autores que tratan de manera uniforme el conflicto de colisión de bienes o intereses iguales o equivalentes dentro de la justificación, se encuentra el español Gimbernat Ordeig (1990), quien señaló que en los casos de estado de necesidad no es necesario realizar una ponderación valorativa. Argumenta que la ley, por diversas razones, ha renunciado a amenazarlos con una pena, por lo que considera que en estos supuestos se excluye la antijuridicidad.

Criticando tales posiciones unitarias, De La Rúa (2014) señaló que dicho tratamiento unificador resulta inadmisibles en nuestro sistema legal argentino. Esto se debe a que el artículo 34 inc. 3° del Código Penal requiere un conflicto entre bienes o intereses desiguales, según su texto literal, que solo contempla la situación de quien actúa para evitar un mal mayor. En este sentido, coincidimos con lo postulado por el difunto maestro cordobés, ya que no se puede obligar a una persona a abstenerse de actuar y aceptar la pérdida o menoscabo de un bien o interés al cual el derecho objetivamente le reconoce un mayor valor.

Conforme a lo expuesto, la doctrina argentina se inclina hacia las teorías diferenciadoras. La ubicación sistemática del estado de necesidad está condicionada por la entidad de los bienes jurídicos en disputa. Es decir, si los bienes o intereses en conflicto son desiguales en términos de su importancia, de manera que el bien que se lesiona con la acción necesaria es de menor peso o entidad que el que se salvaguarda, el conflicto se resolverá en la categoría de la antijuridicidad, bajo la figura de una causa de justificación. Por otro lado, si el mal que se ocasiona es superior o equivalente al que se evita, el conflicto se tratará entonces como un estado de necesidad que excluye la culpabilidad. En consecuencia, esta corriente, que representa la postura doctrinaria dominante, diferencia dos tipos de estados de necesidad: el justificante y el exculpante.

IV. Clasificación del Estado de Necesidad

Como se mencionara anteriormente, la dogmática distingue dos clases de estado de necesidad: el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante.

- 1) Nos encontramos frente a un obrar en *estado de necesidad justificante* cuando concurren las siguientes circunstancias: *i-* Existencia de un peligro inminente, *ii-* La acción necesaria debe ser el único medio disponible para contrarrestar el peligro (inexigibilidad de otra conducta) y salvar un bien jurídico de mayor valor (evitación de un mal propio o ajeno), sacrificando un bien de menor valor, y *iii-* No debe haberse generado la situación de peligro (falta de provocación intencional).

A su vez, dicho estado de necesidad justificante suele ser subdividido en:

- a. *Estado de necesidad defensivo*: en estos casos la situación de peligro a evitar procede del bien jurídico a afectar, o sea el propio objeto ofensivo es portador del peligro (por ej. el ataque de un animal). De allí que a los intereses de defensa hay que considerarlos superiores a los intereses de conservación reconocidos por parte del bien agresor. Para ser claros, digamos que se puede disparar al perro que nos ataca, aunque este posea un elevado valor económico, pero no, por ejemplo, para evitar que ensucie el jardín de nuestra vivienda.
- b. *Estado de necesidad agresivo*: (es el más común), el bien que se sacrifica es ajeno al peligro, y de menor valor al interés que se preserva. Por ejemplo, alguien rompe la ventana de la casa de su vecino para ingresar a su vivienda, a fin de hacerse del extinguidor de incendio, y muñado de éste poder combatir el fuego que súbitamente se desarrollo en otra vivienda del barrio.

Sin embargo, el criterio dominante respecto a esta distinción es que el estado de necesidad defensivo comparte estructura con la figura de la legítima defensa, pero no estaría regulado como tal en nuestro sistema legal.

Por lo demás, y a diferencia de lo que ocurre en la legítima defensa, cabe reconocer que en el estado de necesidad justificante, si pueden ser susceptibles de salvamento los bienes jurídicos de la comunidad.

Finalmente, si bien podría decirse que, el mal causado es menor que el evitado cuando un cirujano extrae un riñón sin el consentimiento del paciente sano, y se lo coloca a otro gravemente enfermo, a quien le salva la vida. Díaz (2018, p. 302), señala que debe introducirse una restricción que complementa a este instituto, como es la autonomía ética del hombre. Añadiendo que no se debe utilizar a ninguna persona como medio para los fines de otra, la conducta de salvamento no puede violar gravemente la dignidad humana. Por lo que considera que resultaría inadmisibles cuantificar bienes jurídicos incommensurables, como la vida y la dignidad, ya que todas las vidas tienen igual valor, y no se puede sacrificar a una persona para salvar a otra.

- 2) Nos encontraremos frente a un obrar en estado de necesidad exculpante cuando el bien jurídico lesionado es de igual jerarquía que el defendido. Como ocurre en el caso del naufrago que mata a otro en mar abierto, pues la única tabla que flota sólo puede resistir el peso de uno de ellos, no pudiendo exigirle al autor del homicidio una conducta distinta a la de salvar su vida, lo que traslada esta figura al elemento de la teoría del delito de la culpabilidad.

Por tales razones, es que se indica que quien actúa en estos casos, se encuentra en una situación de alteración motivacional que lo lleva a la inexigibilidad de una conducta distinta a la cometida, la cual finalmente resulta ocasionando un daño sobre otro bien jurídico.

De allí que se sostenga que en estos supuestos:

(...) no cabe realizar una ponderación de bienes jurídicos como sucede en el estado de necesidad justificante, puesto que en el estado de necesidad exculpante donde colisionan bienes del mismo valor, el derecho protege por igual la vida de las personas (Villavicencio Terreros, 2016, p. 639).

Por lo demás, se sugiere que los bienes jurídicos sobre los que puede recaer el peligro, solo pueden ser la vida, la integridad corporal o la libertad, y que “dicho peligro debe ser actual, inminente y significativo” (Armanza Galdós, 2003, p. 329).

A ello se añade que debemos encontrarnos frente a un caso de **inexigibilidad de otra conducta, ello por cuanto la** irreversibilidad de atentar contra el bien jurídico vida (por ej. en los casos de canibalismo), nos obligan a mantener la exigibilidad de otra conducta frente a alternativas de lesión reversibles. De allí que este requisito propuesto por la doctrina debe determinarse en función de las posibilidades de actuación de las que dispone el agente en el momento concreto de la realización del hecho y solo podría aplicarse a un círculo limitado de personas, en tanto que no se trata de una exención abierta a cualquier sujeto, solamente se exime de pena a quien realiza una conducta típica si el peligro le afecta a sí mismo o a una persona con quien tiene estrecha vinculación, concretamente a sus familiares, amigos o a su pareja.

Además de los requisitos antes expuestos, se tiene por aceptado que esta causa de exculpación no procede si al agente pudo exigírsele que acepte o soporte el peligro en atención a las circunstancias, como lo serían los deberes derivados de una posición jurídica especial (policía, bomberos, etc.). Sin embargo, debe decirse que estos deberes especiales de tolerancia no son absolutos, sino únicamente giran en torno a la exigibilidad de la conducta. Por ejemplo, no se le podría exigir a un soldado que lesione en lugar de exponerse a una muerte segura.

- 3) Cabe recalcar que, la referida clasificación, no se trata de una mera disquisición académica o teórica, si no que implica un asunto que posee relevancia práctica, en tanto que el EdN justificante convierte al acto en lícito y el EdN exculpante si bien impide la imposición de una pena al autor -pues, el derecho prescinde de su aplicación-, deja subsistente el injusto, y con ello, la prohibición legal del comportamiento, al tiempo que pueden traer aparejada la obligación de indemnizar dicho daño. Al mismo tiempo, dicha diferenciación tiene impacto en la punibilidad o no de sus partícipes; en la relevancia o no del error sobre los presupuestos fácticos de la concurrencia del EdN, y en la admisibilidad o inadmisibilidad de la legítima defensa contra la acción realizada en situación de necesidad.

V. Estado de Necesidad Justificante

1. TIPO OBJETIVO DEL EDN JUSTIFICANTE:

a) *Determinación del interés de mayor valor*: En cuanto a la forma de determinar cuál es el interés de mayor valor, Donna (2008, p. 272), señala que no queda otro camino que hacerlo con un criterio objetivo de acuerdo con las valoraciones del derecho, analizando los bienes jurídicos en juego y el grado de peligro verificado. Luego, añade que debe

verificarse si la acción de salvamento emprendida resulta idónea para neutralizar el peligro (juicio de adecuación).

En efecto, un buen punto de partida podría ser acudir a las escalas penales para establecer parámetros de comparación, pero también debe tenerse en cuenta que la protección de la vida y a la integridad física son superiores, frente a la preservación de otros valores derivados de la personalidad, u otros bienes jurídicos supraindividuales, así como también los bienes patrimoniales.

Por lo que debe reconocerse que no existe una fórmula unitaria y absoluta, sino que sólo es posible indicar una serie de directrices que servirán de guía para un razonamiento tópico.

b) El Peligro: Se trata de una situación donde de acuerdo con las circunstancias concretas existentes del caso, la producción del daño aparece como probable, según los principios generales de la experiencia. Así entonces, habrá peligro cuando un objeto entra en el radio de acción de un determinado hecho, con la probabilidad de ser lesionado. Se trata pues de un estado objetivo de peligro en el que se encuentra el bien jurídico, cuyo proceso de no ser interrumpido ha de concluir en su inminente lesión, por lo que se torna impostergable la acción salvadora.

Debe advertirse que el peligro, como estado en el que está una cosa, requiere de un enfoque distinto y de una objetividad mayor al de una conducta peligrosa en el marco de los delitos de peligro concreto, puesto que en estos últimos el peligro es ya un estado producido. Por eso mismo, trasladar hasta aquí el concepto de los delitos de peligro concreto no resultaría correcto, pues éstos presuponen un peligro incrementado que sólo por casualidad no se traduce en el resultado. En el EdN justificante, en cambio, el grado de realización de peligro tiene relevancia para la ponderación de intereses, pero no para reconocer que ya hay peligro. Así entonces, el peligro se da ya cuando no sea totalmente improbable la producción de la lesión de un bien jurídico.

c) La Noción de Inminencia: Existe cuando de no actuar el daño se va a producir, desde una perspectiva objetiva y experimentada. En este sentido, el peligro es actual cuando, conforme a la experiencia se pone de manifiesto que si continúa evolucionando de modo natural será con seguridad inminente la producción del daño, en caso de que no se intervenga para impedirlo. Incluso en ocasiones se justifica tomar medidas anticipadas, aun cuando no sea inminente la producción del daño, de comprobarse que no sería posible hacerle frente con posterioridad, o sólo lo sería corriendo riesgos desproporcionados.

d) Reacción adecuada – Medio empleado: Debe constatarse que la acción de salvaguarda es la única posible a los efectos de evitar el peligro al bien jurídico: ello habilita la instrumentalización de intereses ajenos de menor valor, como se dijo, si se demuestra que la reacción resulta impostergable y cuando no exista otra posibilidad. En efecto, el medio empleado ha de ser el adecuado y el más benigno entre los disponibles; esto quiere decir, el menos lesivo para bienes ajenos. No obstante ello, el juicio de adecuación se formula ex ante, a diferencia de lo que ocurre con la constatación del peligro, que se realiza ex post.

e) Ajenidad: En lo concerniente al requisito de ajenidad del actuante respecto del origen del peligro, cabe precisar que ésta es una regla que se ha matizado con el correr de los años. En su origen, desde una concepción del hombre más individualista, se afirmaba que quien causó un peligro, que perezca en él. Hoy día, si lo que están en juego son bienes jurídicos inconmensurables, se admite que quien generó por su conducta un accidente vehicular puede dañar propiedad ajena para salvar su vida, mucho más respecto de otros con quienes los vincula una posición de garantía, cuya fuente puede ser la ley, un contrato o un actuar precedente, respecto de los cuales tiene el deber de actuar.

2. TIPO SUBJETIVO DEL EDN JUSTIFICANTE:

Desde nuestra perspectiva, el estado de necesidad no puede ser puramente objetivo, sino que necesariamente implica un componente subjetivo. Para que se configure, es crucial que el peligro sea objetivo, ya que cualquier suposición errónea del autor sobre la inexistencia de un peligro debe ser tratada dentro del marco de la teoría del error de prohibición. Además, este peligro objetivo debe estar presente en la mente del autor, motivándolo a actuar para neutralizar dicho peligro en defensa del interés preponderante.

Por lo tanto, consideramos que resulta necesario que el autor posea conocimiento, ya sea actual o potencial, de los elementos objetivos y normativos de la situación de necesidad. En efecto, es necesario que el sujeto sea consciente de la existencia inminente de un peligro para un bien, sin que sea requerido un juicio negativo valorativo. En otras palabras, no es necesario que el sujeto valore negativamente la situación para actuar en consecuencia.

En resumen, se excluye la justificación cuando, a pesar de que el contexto objetivamente habilitaría la actuación, ésta se produce por una coincidencia puramente casual, es decir, cuando no existe una relación directa entre la acción y la evitación del mal mayor.

3. ERROR SOBRE LA CONCURRENCIA DEL EDN JUSTIFICANTE:

El error en estos casos puede clasificarse en dos categorías:

a) *Error Invencible*: Se considera invencible cuando la persona, actuando con la diligencia debida, no podría haber evitado el error. En estos casos, el error excluye la culpabilidad, dado que el sujeto actuó bajo una percepción razonable de estar en una situación de necesidad justificante.

b) *Error Vencible*: Se considera vencible cuando el sujeto podría haber evitado el error actuando con la diligencia exigible. En estos casos, aunque el sujeto actuó bajo un error, la imputabilidad y, por ende, la culpabilidad, no quedan excluidas. Dependiendo de las circunstancias, el error vencible puede llevar a una reducción de la pena, pero no a su exclusión total.

En la práctica, la evaluación de un error sobre la concurrencia de un estado de necesidad justificante requiere un análisis detallado de las circunstancias del caso. La jurisprudencia ha desarrollado varios criterios para determinar si un error es vencible o invencible, tales como la situación personal del autor, su conocimiento y experiencia, y las condiciones en las que se encontraba al momento de actuar.

Desde una perspectiva doctrinal, Zaffaroni (2011, p. 531) sostiene que el error invencible, al excluir la culpabilidad, debe llevar a la absolución del sujeto. A su vez, Finocchiaro (2011, p. 143), por otro lado, enfatiza la necesidad de una evaluación objetiva de las circunstancias para determinar si el error era realmente inevitable, sugiriendo que se examinen las condiciones particulares del caso y del imputado y que a todo evento correspondería proceder a su morigeración o atenuación, siempre dentro de las escalas previstas por el legislador penal.

Consideremos el siguiente ejemplo: Una persona, al ver un incendio en una vivienda, rompe una ventana para entrar y rescatar a quienes cree atrapados adentro. Posteriormente, se descubre que el incendio estaba controlado y que no había personas en peligro. Si esta persona actuó con la creencia razonable de que existía un peligro inminente y que su acción era necesaria, podría invocar un EdN justificante. Sin embargo, si se demuestra que, con un mínimo de diligencia, podría haber sabido que no había peligro real, se podría argumentar que su error fue vencible.

En conclusión, el error sobre la concurrencia de un estado de necesidad justificante es un aspecto complejo del derecho penal que requiere una evaluación cuidadosa de las circunstancias específicas de cada caso. La correcta comprensión y aplicación de este concepto es fundamental para garantizar que se haga justicia, tanto en la absolución de aquellos que actúan bajo una percepción errónea pero razonable, como en la condena de aquellos que no toman las precauciones necesarias para evitar cometer dicho error, estableciendo así una sanción adecuada.

VI. Estado de Necesidad Exculpante

1. GENERALIDADES:

Como se adelantara, para confirmar la culpabilidad en un caso particular, es imprescindible que el sujeto que ha cometido un injusto penal sea imputable. Esto significa que cuente con la capacidad psíquica para comprender la criminalidad del acto y, que además posea el conocimiento potencial de la antijuridicidad, es decir, no debe haber actuado bajo un supuesto de error de prohibición invencible. Finalmente, es necesario que el sujeto haya tenido un ámbito de autodeterminación, lo cual implica que pudo haber actuado conforme a derecho. Solo así se le puede reprochar el injusto penal que ha cometido.

De acuerdo con el principio constitucional de culpabilidad, es necesario que se cumplan ciertos requisitos en la conducta de una persona para que ésta pueda ser sancionada penalmente por el injusto penal cometido. Es imprescindible comprobar en cada caso particular que el sujeto pudo haber actuado conforme a derecho.

El artículo 34, inciso 2º del Código Penal, contempla el supuesto de coacción o estado de necesidad exculpante:

Art. 34.- *No son punibles: 2º. "El que obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente".*

La primera parte de esta disposición se refiere a la ausencia de conducta debido a una fuerza física irresistible. En la segunda parte, el sujeto, en principio, tiene la posibilidad de actuar de otra manera, pero no se le puede exigir que lo haga, ya que el derecho no puede exigir a las personas que actúen de manera heroica.

En el ámbito de autodeterminación del sujeto, los supuestos que lo excluyen son el estado de necesidad exculpante y la coacción. Algunos autores también incluyen el miedo insuperable, aunque éste puede considerarse un supuesto de coacción. En estos casos, existe una situación motivacional anormal.

Sin embargo, en el análisis de la culpabilidad, se observa que, aunque se trata de un sujeto imputable y consciente de la antijuridicidad de su acto, no tenía el ámbito de autodeterminación necesario. Sería irracional que el Estado exigiera a una persona actuar como un héroe en tal situación.

Zaffaroni (2011) nos explica que:

“La situación de necesidad puede provenir de propias funciones fisiológicas como hambre, sed, movimiento, reposo, evacuación, etc., incluso si tienen su origen en una enfermedad, como puede ser un síndrome de adicción” (...) “si estas necesidades fisiológicas alcanzan un extremo de intolerancia que supera la capacidad de control de sujeto, desplazan el estado de necesidad por un supuesto de ausencia de acto por fuerza física irresistible proveniente del propio organismo. El hambre o la miseria, continúa, pueden crear situaciones de necesidad, pero no necesariamente lo son. El código se refiere a la misma como atenuante, -o sea cuando no ha llegado a ser

una situación de necesidad-, en el art. 41, pero, si se dan los extremos del art. 34, inc. 3º, será entonces una necesidad justificante” (p. 497).

2. REQUISITOS DEL EDN EXCULPANTE:

El estado de necesidad exculpante es similar al estado de necesidad justificante, con la diferencia de que este último excluye la antijuridicidad, mientras que el exculpante excluye la culpabilidad.

- a. Peligro inminente: Debe existir un peligro que ya se está produciendo o que es inminente. Este peligro puede provenir de la naturaleza o de un tercero. Si no hay un peligro inminente, no se puede invocar el estado de necesidad exculpante.
- b. Acción necesaria: La acción realizada debe ser la menos lesiva posible. No debe haber otra opción para salvar el bien jurídico sin afectar gravemente otro bien jurídico.
- c. Valor de los bienes jurídicos: A diferencia del estado de necesidad justificante, en el estado de necesidad exculpante no se requiere que el bien jurídico salvado sea de mayor valor que el bien jurídico afectado. Aquí se considera que el sujeto no podía actuar de otra manera debido a la falta de autodeterminación.
- d. Límites: Para el EdN exculpante rigen los mismos límites desarrollados para el EdN justificante. Señala De La Rúa (2014) que la fórmula legal del artículo 34, inciso 2º, del Código Penal no exige la inevitabilidad, pero está limitada, al igual que la justificación, por el principio de proporcionalidad (p. 247) Si existe otro medio no típico para conjurar el mal inminente y grave, o uno menos lesivo, estas alternativas eliminan la necesidad racional de cometer el acto ilícito, que es la situación considerada para evaluar la reducción del ámbito de autodeterminación

3. SITUACIONES ESPECÍFICAS RELACIONADAS CON EL EDN EXCULPANTE:

En cuanto a la provocación de la situación de necesidad, a diferencia del estado de necesidad justificante, en el estado de necesidad exculpante no se exige que el sujeto sea extraño al mal causado. Así, quien provoca la situación de necesidad también puede invocar el estado de necesidad exculpante, aunque podría reconducirse la responsabilidad penal a una conducta previa imprudente, aplicando la teoría de la "actio libera in causa".

En los casos de error sobre la situación de exculpación, hay dos posiciones doctrinales:

- i. Visión subjetiva: La culpabilidad es puramente subjetiva. Si el autor se sintió impedido por una fuerza exterior, aunque esta no existiera objetivamente, estaría exculpado.
- ii. Error vencible e invencible: Solo el error invencible puede exculpar al autor. Si el error es vencible, habrá culpabilidad y, por lo tanto, delito doloso.

Finalmente, cabe añadir que el EdN exculpante también puede aplicarse en casos de delitos culposos, siempre que se cumplan los requisitos mencionados. Por ejemplo, un chofer obligado a trabajar excesivamente podría invocar este estado si su fatiga causa un accidente.

4. TIPO SUBJETIVO DEL EDN EXCULPANTE:

El EdN exculpante requiere del conocimiento –por parte del sujeto- de las amenazas de un mal grave, ilícito e inminente; ya que, para considerar a estos casos como una situación en la que el autor carece de un ámbito de autodeterminación, ello solo puede ser experimentado por quien percibe de esta manera. Por lo tanto, solo basta con el conocimiento de lo que objetivamente constituye una amenaza para un bien jurídico propio o de un tercero, cuya concreción es inminente o actual, si no se comete el acto ilícito.

No se exige actuar con el propósito de salvar un bien, pues lo decisivo es la reducción del ámbito de autodeterminación (en tanto se requiere una acción condicionada por la amenaza de sufrir un mal grave e inminente). Por lo tanto, basta con la existencia objetiva

de un riesgo para un bien propio o ajeno, debido a un mal grave e inminente, que implica implícitamente dicha motivación, ya que, si esa salvaguarda fuera indiferente para el autor, no habría una reducción del ámbito de autodeterminación.

VII. Indeterminaciones conceptuales vinculadas al Estado de Necesidad

Como se explicitara, la doctrina dominante de nuestro país reconoce en el artículo 34 inc. 3° del C.P. un efecto justificante del estado de necesidad, al observar la disposición referida a la exigencia de provocar un mal inferior al que se pretende evitar, y se ocupan del efecto exculpante del estado de necesidad cuando se trata de un mal equivalente o superior al que se pretende evitar, a través de la figura prevista en el art. 34 inc. 2° (esto es quien obrare violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente). Sin embargo, algunos pocos se oponen a esta solución y otros reclaman la necesidad de regular un estado de necesidad exculpante.

Ahora bien, existen autores que sostienen que poco importa si el bien jurídico lesionado es de igual jerarquía que el bien jurídico defendido, ya que *“lo que distingue a un estado de necesidad del otro es la diferente gravedad entre los males en juego y no meramente cuáles son los bienes o grados de lesión producidos”* (Truccone Borgogno, 2016, p. 272), por lo que en estos casos resultaría posible que el EdN que deba aplicarse sea el justificante y no el exculpante.

Lo cierto es que han ocurrido casos en nuestro país, en los que algunas mujeres han dado muerte a hombres violentos y maltratadores, incapaces de enfrentar el peligro de otra manera menos lesiva. Estos casos han generado acaloradas discusiones y opiniones judiciales divergentes. Algunos consideran que esta conducta podría estar justificada, mientras que otros la enmarcan como un estado de necesidad exculpante. Por ejemplo, el Dr. Brizuela, Juez de Garantías N° 4 de General San Martín, Provincia de Buenos Aires, sobreeseyó a una mujer que mató a su marido abusador con 185 puñaladas después de haberlo denunciado siete veces por violencia de género. Determinó que la mujer actuó en un “estado de necesidad disculpante o exculpante” de acuerdo con el artículo 34 inc. 2° del Código Penal.¹⁷

En lo que todos coincidimos, es que el punto de partida del estado de necesidad es la constatación de una situación de peligro. Cuando este elemento está presente, la esencia de la eximente se acepta sin más. Por ello, nos parece que este requisito cumple una función primordial. Es decir, actúa como un filtro en la selección de los casos que posteriormente requieren cumplir con el resto de los requisitos postulados por la doctrina.

Ahora bien, al existir un espacio de indeterminación en la posible producción del mal grave e inminente, la ejecución de la conducta de salvaguarda menos lesiva, y el daño producido, es posible sospechar, que junto con la cuestión de la eventual responsabilidad penal del agente necesitado, surjan interrogantes en torno a qué efectos deben aplicarse en contextos de violencia de género, intrafamiliar o cuando se encuentran involucradas personas en situación de vulnerabilidad. En cuanto a esta última problemática, consideramos que atento la diversidad de casos que puede abarcar el instituto del estado de necesidad, resulta beneficioso que nuestros legisladores no hayan explicitado previamente los efectos justificantes o exculpantes en la regulación del art. 34 del Código Penal, dado que tal circunstancia les permite a los jueces identificar en cada caso concreto los presupuestos fácticos en los que se sacrifica la propiedad u otros bienes jurídicos, resultando ello esencial para que los mismos puedan establecer parámetros de justificación o exculpación. No desconocemos que deba tener presente el principio del

¹⁷ Fallo publicado en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2021/05/fallos89166.pdf>

interés preponderante, pero tampoco pueden perder de vista otros criterios de ponderación, como la solidaridad, responsabilidad, y todas aquellas cuestiones relacionadas con el abordaje de la violencia infantil y de género para resolver los casos que llegan a la justicia, por lo tanto consideramos que los operadores jurídicos debemos ser tolerantes frente a este tipo de imprecisiones legales, en particular por cuanto nos hallamos frente a tipos abiertos, cuya interpretación debe ser cerrada por los magistrados. Sumado a ello, cabe recordar que la teoría del injusto personal (propuesta por el finalismo), señala que las voces “justificación” y “exculpación” forman parte del aspecto negativo de las categorías analíticas del delito, “injusto” y “culpabilidad”, en su orden, y que integran la estructura básica de la atribución de la responsabilidad penal. A partir de ello surge que un rasgo común a los conceptos justificación y exculpación es, entonces, su adscripción al instituto de las “eximentes” de responsabilidad, de las que son modalidades. Pero he aquí que *la dinámica del sistema de las eximentes* en la teoría del delito no es concebida unitariamente, admitiéndose significados y regulaciones diversas en los ordenamientos jurídicos del mundo, de allí que las expresiones “justificación” y “exculpación” adquieran sentidos y límites teóricos y normativos distintos en nuestro país, aunque no necesariamente contrarios entre sí.

En consecuencia, y siendo consustanciales a una noción de justificación y exculpación, propia de la tolerancia de la imprecisión (que a continuación explicitaremos), cabe sostener que no siempre resultará posible calificar *a priori* el efecto del EdN a través de un ejercicio intelectual que, forzosamente, pretenda utilizar los presupuestos referenciados por la doctrina mayoritaria, sin reflexionar acerca de su conveniencia en el caso concreto.

VIII. Tolerancia de la imprecisión: ¿nuevo paradigma?

Dada la importancia de determinar si el EdN constituye una causa de justificación o exculpación, así como la posible necesidad de una regulación específica que refleje esta dualidad en nuestro sistema legal penal, consideramos relevante recurrir a la doctrina de la *tolerancia a la imprecisión* propuesta por el filósofo estadounidense Greenawalt (1986, pp. 89-108).

En efecto, como se mencionó anteriormente, la regulación del EdN en el marco del sistema penal argentino ha generado objeciones que requieren una postura definida. Sin embargo, la respuesta no es sencilla, ya que actualmente se debaten los criterios para determinar la concurrencia del estado de necesidad y sus límites ético-sociales. A pesar de ello, abogamos por abordar esta problemática desde una única perspectiva, tanto en su efecto justificante como exculpante, dado que ambos institutos derivan de una misma disposición legal (art. 34 del C.P.) que solo aclara su imposibilidad de castigo.

Dicho enfoque permitiría determinar de manera razonable si la disposición se ajusta a los estándares de una norma permisiva o de inexigibilidad. La pregunta entonces es si esto es suficiente para delimitar un área de indeterminación que la doctrina y la jurisprudencia deben definir.

Como se ha mencionado, una interpretación más precisa del EdN en el artículo 34 del Código Penal implicaría claridad en dos aspectos: primero, respecto al concepto dogmático subyacente al estado de necesidad en el ordenamiento jurídico argentino, es decir, el reconocimiento de la base conceptual en la que se fundamenta la norma; y segundo, sobre el papel del intérprete en la determinación de los efectos del estado de necesidad. Aunque esta imprecisión sea inherente a la regulación, las dificultades para definirla son tan frecuentes que requieren una reflexión.

En este sentido, es relevante mencionar lo planteado por Greenawalt (1986), quien al intentar distinguir entre causas de justificación y excusas legales en el sistema legal de

Estados Unidos, propone la teoría de la tolerancia a la imprecisión. Este jurista identifica los costos sustanciales asociados con la distinción entre justificación y excusa, destacando que tales intentos de categorización pueden tener un valor práctico al ahorrar tiempo y energía a jueces, abogados y litigantes. Añadiendo que las etiquetas legales (tipos penales) son inevitablemente engañosas, ya que no siempre pueden responder de manera definitiva a cuestiones en las que la doctrina está profundamente dividida. Estas circunstancias y los costos operativos (judiciales), lo llevan a afirmar que, la ley siempre es defectuosa por su permanente imprecisión, añadiendo que hay que ser tolerante frente a ello. Por lo que sugiere que el tratamiento que debe otorgársele tanto a las causales de justificación, como a las excusas legales debe ser el mismo. Destaca además que, la ley es necesariamente tosca; que su actual imprecisión, es en sí misma una advertencia que la ley no intenta poner una etiqueta moral precisa para cada caso de comportamiento. De allí que el reconocimiento de los bienes e intereses jurídicos en pugna, puede servir para lograr una solución razonable, y ello puede ser mucho más saludable que pretencioso, de allí que el juez -en estos casos- deba actuar como un árbitro frente a cuestiones moralmente dudosas.

En efecto, si analizamos el tratamiento que el Código Penal Argentino le da a los elementos básicos del delito, se confirma esta postura, pues ni siquiera se usan los términos “justificación” o “excusa”, pero ambos se aplican a situaciones que el legislador nacional ha considerado “no punibles” en el art. 34 del C.P.

Y si bien pareciera que este estado de la situación es inaceptable, pues pareciera que los jueces penales deben realizar juicios morales sobre comportamientos típicos para determinar si estos constituyen un delito, lo cierto es que idéntica situación se presenta en casi todos los países del mundo.

Consecuentemente, si es aceptable que la ley no etiquete los actos que no equivalen a delitos, entonces surge la pregunta de si no es aceptable etiquetar con precisión, cuando otras circunstancias excluyen la responsabilidad, o ¿por qué resulta necesario determinar con precisión si está justificada o disculpada una persona cuando realiza una autodefensa? En otras palabras, ¿qué es peor, tipificar incorrectamente o no describir legalmente estos comportamientos? Es que si nadie espera precisión de los tipos penales, el etiquetado incorrecto nos parece peor que una falta de etiquetado.

Además, el referido jurista norteamericano indica que los códigos y las decisiones judiciales no deben aspirar a la integralidad y precisión en la distinción entre justificaciones y excusas. Dicha conclusión, no sugiere que los académicos deban evitar los intentos de construir sistemas, de hecho, son libres de emplear la teoría moral, de participar en evaluaciones de situaciones particulares, y para explicar completamente el significado de los términos que escogen. Un erudito bien puede desarrollar una distinción integral entre causas de justificación y excusas legales, pero no debe esperarla necesariamente de materiales toscos como los códigos penales para respaldar una distinción.

IX. Jurisprudencia relacionada

A efectos de verificar la problemática expuesta, cabe traer a colación los siguientes casos jurisprudenciales:

a) En el caso *FSA 12570/2019/10 “Rodríguez, Maribel Carina s/Audiencia de sustanciación de impugnación”*. *Registro N° 5/2021*, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, a cargo del juez unipersonal Mario Juárez Almaraz, absolvió a Maribel Carina Rodríguez del delito de transporte de estupefacientes, considerando que actuó bajo un estado de necesidad justificado. Rodríguez había sido detenida con 997.90 gramos de

cocaína, pero se encontraba en una situación de vulnerabilidad, víctima de violencia familiar, y necesitaba dinero para el tratamiento médico urgente de su hija con una malformación congénita.

El fiscal apeló esta decisión, y la Cámara Federal de Casación Penal inicialmente condenó a Rodríguez. Sin embargo, la Defensoría Oficial impugnó esta condena, y la Sala II de la Cámara Federal de Casación Penal anuló la resolución y remitió el caso a la jueza Ángela Ester Ledesma. Ledesma confirmó la absolución, argumentando que la situación de Rodríguez justificaba su acción, destacando la importancia de la perspectiva de género y el contexto de violencia y pobreza en el análisis.¹⁸

La Dra. Ledesma resaltó que Rodríguez no tenía otras opciones viables para asegurar la salud de su hija y que el mal causado (transportar drogas) era menor en comparación con el mal evitado (deterioro de la salud de su hija). Argumentando que, dadas las especiales circunstancias del caso, se verificaba un interés que trascendía a las partes, con una proyección cierta hacia el resto de la sociedad.

Subrayó que el análisis del caso debía incluir los principios rectores de las Convenciones Internacionales de Derechos Humanos que conforman el bloque constitucional argentino, y que Rodríguez actuó en un estado de necesidad justificante debido a su situación de vulnerabilidad y la urgencia en brindarle atención médica a su hija y concluyendo que su accionar estuvo justificado porque con aquél intentó darle calidad de vida a su hija y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba, la posicionó frente al delito como única alternativa posible y que no tuvo otros medios menos lesivos a los cuales recurrir antes de transportar la droga, para salvar otro bien de interés mayor amenazado, que era la vida e integridad psicofísica de su hija. Destacando que desconocer la situación de necesidad que primó sobre Rodríguez, implicaba caer en una mirada sesgada del caso, carente de toda perspectiva de género, propia de las estructuras androcéntricas que rigieron y aún persisten en el derecho penal.

Por otra parte, señaló que las causas de justificación están vinculadas con un modelo concreto de sociedad, y de acuerdo con el estado de desarrollo de esa sociedad van a ir variando sus contenidos y límites¹⁹, y que si bien el Ministerio Público Fiscal postuló una interpretación dogmática y objetiva del estado de necesidad justificante, lo cierto es que dicho análisis no puede prescindir de los factores sociales de género, pobreza y violencia que gobiernan la sociedad actual y que se acentúan en determinadas regiones.

En relación al agravio vinculado a la falta de acreditación de un mal inminente, sostuvo que ello se encontraba determinado por la imposibilidad de Rodríguez, debido a su situación de vulnerabilidad, de cumplir con premura el tratamiento reconstructivo de la mano de su hija, que fuera indicado por su médico. Desde esta perspectiva, indicó que era necesario realizar la operación lo antes posible, ya que ello aumentaría las posibilidades de mejorar su calidad de vida. Recalcando que este punto fue tenido en cuenta por el juez de grado al mencionar que si un tratamiento quirúrgico reconstructivo puede contribuir a la mejora de su desarrollo psicofísico, indudablemente aquel resultará más beneficioso cuanto a más temprana edad se realice.

Añadiendo que, respecto al argumento de la Fiscalía relativo al hecho de que dicha evaluación debía realizarla un equipo de traumatólogos con especialización en pediatría, no modificaba lo que Rodríguez sabía al momento del hecho, y que ello fue justamente lo que motivó su comportamiento. Ella sabía que su hija necesitaba ser operada con

¹⁸ Disponible en <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-casacion-penal-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rodriguez-maribel-carina-audiencia-sustanciacion-impugnacion-art-362-fa21260029-2021-03-05/123456789-920-0621-2ots-eupmocsollaf>

¹⁹ Efectivamente, las causas de justificación en el derecho penal están estrechamente vinculadas al modelo de sociedad en el que se aplican. Este vínculo se debe a que las normas que establecen estas causas reflejan los valores y las circunstancias sociales de la comunidad en un momento determinado. A medida que la sociedad evoluciona y cambian sus necesidades y percepciones éticas, también lo hacen los contenidos y los límites de estas causas.

urgencia y que la operación costaba entre \$ 100.000 y \$ 200.000, una suma imposible de afrontar para ella, debido a su situación económica precaria. Por lo tanto, consideró que no era posible albergar dudas de que existía un mal inminente al que Rodríguez estaba expuesta.

A pesar de los argumentos del Fiscal para descartar la situación de violencia que vivía Rodríguez, recordó las palabras del Comité CEDAW, que señalan que la violencia de género no requiere una amenaza directa e inmediata a la vida ni a la salud de la víctima, agregando que el Fiscal ignoró el sufrimiento emocional y el hostigamiento psicológico que Rodríguez aún sufría, aspectos que constituyen una forma grave de violencia de género, como se desprende del informe psicosocial agregado al expediente. Asimismo manifestó que, si bien es crucial perseguir este tipo de criminalidad, se encontraba frente a un caso en el que una mujer actuó como "mula" o "correo humano", en el que debe tenerse presente dicha realidad, ya que la criminalización del tráfico de drogas durante estos últimos años ha afectado especialmente a las mujeres, quienes múltiples veces se encuentran forzadas a realizar este tipo de actividades debido a su situación económica precaria.

En cuanto al estado de necesidad, la Dra. Ledesma sostuvo que el mismo presupone un conflicto de intereses en el que se debe escoger cuál de los bienes en juego merece protección en el caso concreto. En este caso, el bien jurídico en juego es la salud pública, protegida por la Ley de Estupefacientes N° 23.737, y la calidad de vida e integridad psicofísica de la hija de Rodríguez. En este particular supuesto, la calidad de vida e integridad psicofísica de la niña era el bien con mayor protección legal, según el juez de grado, quien consideró que Rodríguez "eligió" un mal menor para salvar la integridad psicofísica de su hija. Recordando que Rodríguez no estaba empleada formalmente y su cobertura social era precaria. Trabajó preparando sándwiches y ocasionalmente en limpieza mientras estuvo en pareja con el padre de sus hijos, quien también era "bagayero". En este contexto, es necesario preguntarse cuáles eran las posibilidades reales de Rodríguez de actuar de manera diferente para evitar que su hija viera afectado su proyecto de vida. Y agregó que, las condiciones de vida de Rodríguez, estaban marcadas por la violencia y la vulnerabilidad económica, lo que sumado a la falta de posibilidades de acceder a un trabajo mejor remunerado, implicó una seria limitación a sus opciones para actuar conforme a la ley. Por lo que la posibilidad de obtener dinero mediante actividades relacionadas con el tráfico de drogas fue, para Rodríguez, la única alternativa posible para resolver el problema de salud de su hija de dos años. Asimismo, enfatizó que, prescindir del contexto de violencia y vulnerabilidad, para analizar la procedencia del estado de necesidad justificante, no sólo nos llevaría a incurrir en una posible causa de violencia institucional por omisión de la dimensión de género, sino también a efectuar una interpretación *in malam partem*, en contraposición con los principios de legalidad, *pro homine* y *pro libertate* que operan en nuestro sistema de garantías como límites al abuso del poder penal del Estado. Por todo ello, la Dra. Ledesma resolvió rechazar la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal, sin imponer costas y confirmar la absolución de Rodríguez dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy.

Observaciones: Este fallo presenta consideraciones importantes desde la perspectiva jurídico-penal, especialmente en relación con el estado de necesidad justificante, ya que la absolución de Rodríguez se fundamentó en la urgencia de obtener tratamiento médico para su hija, lo que plantea cuestiones sobre la interpretación de este principio en casos donde el mal evitado no es inminente pero sí grave e irreparable.

Dicho fallo, tuvo en cuenta que la mujer imputada no tenía otra opción realista y menos lesiva para proteger el bien jurídico de mayor valor, que en este caso sería la vida e integridad psicofísica de su hija, y que su conducta fue el resultado de una situación de extrema vulnerabilidad y necesidad.

Además, la decisión asumió el paradigma del género y el contexto de violencia y pobreza en el que vivía Rodríguez, lo que resalta la importancia de considerar las circunstancias individuales y el contexto social en la aplicación de la ley. En similar sentido, tuvo en cuenta que la criminalización del tráfico de drogas, ha afectado a grupos vulnerables, en particular a las mujeres en situaciones precarias, lo que se refleja en la absolución de Rodríguez debido a su situación específica y la falta de alternativas viables para obtener tratamiento médico para su hija.

De la lectura del referido fallo, se infiere que el encuadramiento de un hecho en el estado de necesidad justificante dependerá de la interpretación de las circunstancias específicas del caso, tales como la violencia de género que sufrió, su situación económica precaria, y la necesidad urgente de atención médica para su hija.

En resumen, el fallo destaca por resultar demostrativo de la necesidad de evaluar cuidadosamente las circunstancias individuales y la proporcionalidad entre el mal causado y evitado en casos que involucran a personas en situaciones de vulnerabilidad económica y social.

b) En otro caso caratulado: "O., J. L. s/art. 292 C.Pen.", la Cámara Federal de San Martín, con fecha 22 de noviembre de 2012, revisó el procesamiento de una mujer acusada del delito de uso de documento público falso de los destinados a acreditar la identidad de una persona, en concurso ideal con el de falsedad ideológica (Arts. 296, en función del 292, 54, CP) por haber usado el documento de su hermana fallecida, adulterado con una foto y con un cambio de domicilio falso. En dicha causa, la imputada admitió usar el documento para obtener atención médica debido a una enfermedad grave y porque carecía de su propio documento de identidad.²⁰

El tribunal consideró que la mujer actuó bajo un estado de necesidad justificante, ya que su acción estaba motivada por la urgencia de obtener tratamiento médico, una situación que no podía manejar de otra manera por su falta de documentación y la gravedad de su estado de salud.

Se ponderaron para ello los elementos que surgirían de los dichos de la encausada, del informe socio-ambiental y de la historia clínica agregada, de todo lo que se concluyó que la imputada enfrentó obstáculos para recibir atención médica en diversos centros de salud debido a una grave enfermedad en las glándulas tiroideas, ya que carecía de documento de identidad.

En este contexto, se demostró que siempre había sido indocumentada, pues carecía de partida de nacimiento y nunca había sido registrada, lo que puso en evidencia su tortuosa vida, al punto tal de no poder cursar la escuela primaria y ser analfabeta.

En estas circunstancias, y dado el estado de emergencia de salud, J. L. O. no tuvo la oportunidad ni el tiempo necesario para tramitar su documentación y acceder a la atención médica urgente. Por lo tanto, y según lo registrado en el expediente, el cambio de domicilio realizado por la imputada fue crucial para recibir tratamiento para su enfermedad.

Asimismo, se destacó que en la ponderación de los "males", tanto el "causado" como el que se pretendió "evitar", debe adoptarse un criterio que tenga en cuenta no sólo la jerarquía en abstracto de los bienes jurídicos en juego sino también, en línea con ello, la consideración objetiva de las circunstancias personales de la encausada.

Se destacó que el mal causado (uso de un documento falso) era menor comparado con el mal evitado (deterioro de su salud). Se concluyó que no podía exigírsele una conducta diferente dada su situación personal.

Finalmente, el tribunal revocó el procesamiento y sobreseyó a la acusada, instando al juez de grado a agilizar los trámites para que obtenga un documento de identidad.

²⁰ Disponible en <http://www.saij.gob.ar/camara-federal-apelaciones-san-martin-federal-buenos-aires-oviedo-juana-lola-292-cp-fa12270080-2012-11-22/123456789-080-0722-1ots-eupmocsollaf>

Observaciones: La resolución destaca la importancia de considerar la situación de vulnerabilidad de las mujeres imputadas y cómo factores como la salud y la falta de documentación pueden influir en la capacidad de una persona para actuar de manera libre y voluntaria. Además, resalta la necesidad de priorizar la atención médica urgente sobre otros aspectos formales como la documentación. En general, esta resolución muestra una comprensión empática de las situaciones difíciles que pueden enfrentar las personas y cómo estas situaciones pueden afectar su capacidad de tomar decisiones.

c) El Juzgado Federal de Río Gallegos, en los autos caratulados “Gómez, s/ Inf. Ley 23.737”, de fecha 02/01/2020, resolvió sobreseer a la imputada de conformidad con lo establecido en el art. 34 inc. 2° CP, por el delito de transporte estupefacientes (art. 5 inc. “c” Ley N° 23.737).²¹

En dicha causa, la mencionada mujer se encontraba imputada de transportar un total de 1.157 gramos de cocaína; distribuida en 4 envoltorios que llevaba ocultos entre sus pertenencias, su ropa y en el interior de su cuerpo. Pero a medida que avanzó la investigación se verificó que la misma era víctima del delito de trata de personas con fines de explotación sexual en Rio Grande (Prov. de Tierra del Fuego) y que dicha situación tenía íntima vinculación con el delito aquí investigado, ya que ciertas personas que le habían pagado el pasajes aéreos para buscar la droga en la Ciudad de Buenos Aires y transportarla hacia Tierra del Fuego, aprovechándose de la situación de vulnerabilidad por la que ésta atravesaba.

En dicho caso, se demostró que la misma era explotada sexualmente (padeciendo los riesgos inherentes a la actividad) y que su situación social, económica y familiar estaba atravesada por múltiples indicadores de vulnerabilidad, a saber: consumo problemático de sustancias, antecedentes de violencia familiar y abandono, ausencia de lazos parentales, pérdida de la custodia de su hijo mayor e hijos al cuidado de sus explotadores. Y como resultado de lo expuesto, la Fiscalía solicitó su sobreseimiento ya que de las pruebas recabadas surgió que presentaba un alto grado de vulnerabilidad; que fue aprovechado por quienes serían los verdaderos responsables de las maniobras de tráfico de estupefacientes.

El Juzgado interviniente consideró que, si bien la imputada “obró voluntariamente al transportar estupefacientes, con pleno conocimiento de la acción que estaba realizando e intención de llevarla a cabo”, pero al expedirse respecto a su culpabilidad, llegó a la conclusión de que “tuvo que elegir entre acatar o incumplir la norma”, con lo que consideró que se encontraba frente a un caso en el que “existen factores impeditivos del libre ejercicio de la voluntad que, ante la inexigibilidad de otra conducta, descalifican el juicio de reproche”, citando el art. 34 inc. 2° del C.P., el cual establece la no punibilidad para quien “obrar violentado por fuerza física irresistible o amenazas de sufrir un mal grave e inminente”, subsumiendo el caso en un supuesto de estado de necesidad exculpante o disculpante.

Observaciones: Dicha resolución destaca la importancia de considerar factores tales como la violencia de género, la explotación sexual y la vulnerabilidad económica extrema pueden influir en la capacidad de una persona para actuar de manera libre y voluntaria. La aplicación de la eximente de estado de necesidad exculpante o disculpante en este caso muestra una comprensión de la complejidad de las situaciones en las que se ven involucradas las personas que sufren estas condiciones.

d) Por su parte, el Tribunal Oral Federal de Tucumán, en la causa caratulada “Imputado: Zelaya, Patricia y otro s/ Infracción ley 26.364, Expte. FTU 2624/2016”, en fecha

²¹ Disponible en [https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Gomez%20\(causa%20N%C2%B0201308\).pdf](https://repositorio.mpd.gov.ar/documentos/Gomez%20(causa%20N%C2%B0201308).pdf)

15/06/2022, absolvió –por mayoría– absolvió a una mujer y a su hermano –que atravesaban condiciones de extrema vulnerabilidad social y económica–, en una causa por reducción a la servidumbre y trata de personas con fines de explotación laboral. En efecto, ambos co-imputados convivían con las víctimas menores de edad en una vivienda muy precaria y trabajaban limpiando vidrios, vendiendo pequeños artículos y pidiendo en el centro de la ciudad de San Miguel de Tucumán durante el día, por alrededor de 10 horas.²²

En este caso, el tribunal aceptó el argumento de la defensa basado en el estado de necesidad exculpante, que se erige en el nivel de la culpabilidad en la grave restricción de la libertad al momento de decidir y elimina la culpabilidad por existir una circunstancia excepcional que impide exigirle al autor otra conducta diferente, es decir, una conducta conforme a Derecho.

Así también concluyeron que el “trabajo” realizado por los/as niños/as no constituía servidumbre ni trabajo infantil, según la ley. Los menores varones limpiaban vidrios en la Plazoleta Mitre, mientras que las niñas ayudaban en el hogar. Añadiendo que, el dinero que ganaban no era controlado por la imputada (su madre), quien, a pesar de estar en total pobreza, se ocupaba de cubrir sus necesidades. Destacando que no se acreditó desnutrición de los mismos. En dicho fallo, se destacó que la extrema vulnerabilidad en la que vivían los menores no fue capitalizada por los co-imputados, en el sentido de que los hayan conducido a desplegar conductas compatibles con la comisión de los delitos de trata de personas con fines de explotación laboral. Al contrario, entendieron que estaban en presencia de una vulnerabilidad cruzada que afectaba tanto a los menores, como también a los acusados, quienes en su historia de vida precedente y con los mínimos recursos de autonomía personal con los que contaban, lograron sustraerse de entornos familiares que no les ofrecían contención.

Observaciones: Si bien este fallo, resulta polémico, en tanto que algunos podrían argumentar que la explotación laboral de los menores no debería justificarse bajo ninguna circunstancia, considero que el mismo ha sido acertado, ya que ha tenido en cuenta la historia de vida de los implicados (acusados y víctimas), sus problemas de salud (físicos y mentales) y el contexto de extrema vulnerabilidad cruzada vivenciada. Destacándose que la restricción de la libertad que atravesaban los acusados era tan grave que no se podía exigir una conducta diferente; sin perjuicio de ello, es importante tener presente que, en casos como el narrado es necesario sopesar cuidadosamente, los intereses en juego, para evitar un uso indebido de esta figura. Dicho razonamiento se alinea con la doctrina que reconoce que el origen del peligro -del estado de necesidad- puede tratarse de una situación general como la necesidad económica.

En este sentido, en dicha resolución se destacó que la situación de vulnerabilidad de los propios acusados y su convivencia en condiciones similares a las de los menores no guardan correspondencia con una relación de explotación económica. Destacándose que la trata de personas implica la cosificación del ser humano y su dominación absoluta por parte del sujeto activo, lo cual resulta en la pérdida de libertad y explotación de la víctima. En este contexto, la resolución sostiene que para que se configure el tipo objetivo del delito es necesaria la materialización de una relación de sujeción especial entre el autor y la víctima, considerando la trata como una relación binomial sujeto-objeto donde la víctima es tratada como una cosa, todo lo cual no fue demostrado en este caso.

e) En la Causa N° 54149, caratulada: “D.B., M.A. S/ Supresión de Identidad en concurso real con Falsedad Ideológica y Falsa Denuncia”, la Cámara de Apelación y Garantías en

²² Fallo publicado en <https://www.pensamientopenal.com.ar/fallos/90297-fallo-sobre-trata-personas-trabajo-infantil-sobreseimiento-estado-necesidad-exculpante>

lo Penal, Sala 2da., de Mercedes, Buenos Aires, con fecha 28/12/2023 dispuso el sobreseimiento de una mujer de conformidad a lo previsto por el art. 34 inc.2° del C.P.²³

En dicho caso, M.A.D.B. fue acusada de la comisión de los delitos de supresión de identidad en concurso ideal con falsedad ideológica en concurso real con falsa denuncia (artículos 45, 54, 55, 139 inciso 2°, 245 y 292 último párrafo del C.P.) por haber alterado la identidad de su hija recién nacida en un hospital y luego denunciar falsamente un delito en una comisaría, al referir que desconocía los motivos por los cuales su bebé recién nacida presentaba el nombre V.L.R.

En dicha causa, la jueza de primera instancia descartó los argumentos esbozados por la defensa quien consideraba aplicable el estado de necesidad justificante, señalando que las condiciones de vida de la imputada no cumplían con los requisitos de inminencia y ausencia de medios menos lesivos. Puso como ejemplo la posibilidad de "recurrir a entidades donde podría contar con información para iniciar el proceso de dar en adopción a la niña por nacer". También hizo alusión a que podría haberle solicitado ayuda a su hermana. Luego de referir que "es en el debate oral y público donde la defensa podrá, en mejores condiciones, desarrollar con mayor amplitud su estrategia", concluyó que correspondía rechazar el sobreseimiento requerido y elevar a juicio las actuaciones.

Dicha resolución fue recurrida por su defensa, quien argumentó que no se tuvo en cuenta la situación de vulnerabilidad y desventaja social de la imputada, y que la misma actuó buscando lo mejor para su hija en condiciones precarias, enfatizando que se debía evaluar la causa de justificación desde una perspectiva de género, considerando la falta de recursos y apoyo de la imputada.

El tribunal de apelación, consideró que si bien la imputada enfrentaba al momento de los hechos una situación de vulnerabilidad y apremio existencial, no se encontraba acreditado que el mal causado y el evitado guardaran una correlación adecuada con el derecho a la identidad de la recién nacida. Asimismo, señaló que no se podía afirmar que la situación sólo podía evitarse mediante las acciones típicas, ya que la adopción era una alternativa menos lesiva (aunque esta alternativa pudiera parecer difícil en una emergencia). Pero pese a señalar que no existían argumentos suficientes para justificar el sobreseimiento requerido, indicó que su comportamiento debía ser analizado bajo la teoría de la culpabilidad, disponiendo el sobreseimiento de la encartada en función del EdN exculpante. En dicha resolución se tuvo presente que la acusada había enfrentado un embarazo en condiciones precarias, y que decidió alterar la identidad de su hija para asegurarle mejores condiciones de vida, que aunque su acción lesionó ciertos bienes jurídicos, lo hizo para proteger el bienestar de su hija.

De modo que su situación de vulnerabilidad y la falta de opciones justificaron la exculpación, afirmándose que su comportamiento no requiere de una pena desde la perspectiva de humanidad e igualdad. En este sentido, se destacó que el principio de culpabilidad, basado en la dignidad humana, requiere analizar el contexto personal del autor al emitir un juicio de reproche; añadiéndose que este principio va más allá de criterios normativos y se enfoca en las circunstancias individuales.

Observaciones: Esta resolución plantea un debate interesante sobre la aplicación del estado de necesidad en casos de supresión de identidad, falsedad ideológica y falsa denuncia.

En efecto, si bien el tribunal de apelación, reconoció la situación de vulnerabilidad de la imputada, consideró que el mal causado (alterar la identidad de su hija) y el evitado (garantizarle mejores condiciones de vida) no guardaban una correlación adecuada con el derecho a la identidad de la recién nacida. A pesar de esto, decidió sobreseer a la imputada argumentando que su comportamiento debía ser analizado considerando su contexto personal y su intención de proteger el bienestar de su hija. Se destacó que el

²³ Fallo publicado en <https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/fallos/91171-fallo-sobre-estado-necesidad-disculpante-multiplicidad-desigualdades-persona-imputada>

principio de culpabilidad, basado en la dignidad humana, requiere analizar las circunstancias individuales al emitir un juicio de reproche, y que en este caso la situación de vulnerabilidad y la falta de opciones justificaron la exculpación.

Así, en un juicio de culpabilidad, se considera la perspectiva del autor en situaciones de premura existencial. La exculpación puede aplicarse si el autor, incluso actuando de manera, pero sensata bajo presión, intenta proteger sus intereses o los de alguien cercano. Este enfoque personalista valora la situación específica del autor y las vulnerabilidades que lo afectan.

En términos dogmáticos, el fallo se ajusta a los principios del estado de necesidad disculpante, donde la valoración del hecho ilícito debe considerar la inmediatez del peligro y la falta de alternativas viables para evitar el daño. La decisión del tribunal de absolver a la acusada subraya la importancia de una interpretación humanitaria y proporcional de la ley penal, acorde con los principios de humanidad y equidad, reconociendo las condiciones adversas que influenciaron su conducta y justificando su exculpación ante la imposibilidad de optar por una conducta lícita en las circunstancias dadas.

En resumen, esta resolución muestra la importancia de considerar una situación de extrema vulnerabilidad económica y social, que incluía la imposibilidad de acceder a un sistema de salud adecuado y la falta de medios para asegurar el bienestar básico de la futura madre y su hijo por nacer.

f) A modo de colofón, es necesario destacar que la ponderación de los bienes en conflicto realizada en los fallos mencionados ha sido clave para determinar si la conducta ejecutada era la única opción viable dadas las circunstancias específicas de cada caso, pues se ha tenido en consideración que las diversas situaciones de vulnerabilidad de las personas imputadas se convirtieron en factores condicionantes de su actuación.

Estos hechos están moldeados por diversas categorías sociales que convergen en las personas imputadas, tales como clase socioeconómica, género, edad y discapacidad, entre otras. Estas categorías no solo las definen, sino que se entrecruzan y revelan múltiples desigualdades, creando cuadros de vulnerabilidad complejos. Estas interacciones otorgan sentido a la conducta que se les imputa. La relación entre las distintas categorías que afectan a las personas imputadas es esencial para comprender la solución jurídica adecuada.

Además, la consideración de la perspectiva de género y las condiciones sociales de las personas imputadas ha sido un factor determinante en la interpretación y aplicación de la ley, permitiendo un análisis más integral de las situaciones y evitando una interpretación sesgada que no tenga en cuenta la realidad y las dificultades que enfrentan ciertos grupos de la sociedad.

Asimismo, la jurisprudencia analizada refleja la importancia de considerar las circunstancias individuales y el contexto social al aplicar el estado de necesidad y otros principios jurídicos que surgen de los tratados de Derechos Humanos, lo que contribuye a una justicia penal más equitativa y sensible a las realidades de las personas en situaciones de vulnerabilidad. Es a partir de ello que entendemos que la justicia ineludiblemente debe considerar las particularidades individuales de los imputados y su contexto situacional específico a la hora de determinar si se ha producido el quebrantamiento de una norma penal.

X. Conclusiones

El artículo 34 del C.P. establece que determinadas conductas ilícitas “No serán punibles”, pero no especifica si ciertas situaciones de necesidad deben ser vistas como justificantes

(donde la acción es lícita porque se hace en defensa de un bien mayor) o exculpantes (donde la acción sigue siendo ilícita, pero el actor no es culpable debido a circunstancias que afectan su responsabilidad). Tal distinción entre justificación y exculpación es crucial en derecho penal, ya que afecta cómo se valora la conducta del individuo y las consecuencias legales que se derivan.

Dicha imprecisión legal deja un amplio margen de interpretación al juez, lo cual puede ser problemático para la seguridad jurídica, un valor fundamental en el estado de derecho. Por lo tanto, resulta imperativo que el legislador considere una reforma al artículo 34 del Código Penal para proporcionar mayor claridad y precisión en la demarcación de los efectos de las causales de justificación y eximentes.

Actualmente, el juez tiene amplias facultades para determinar si una situación puede considerarse como una justificación permisiva o como un supuesto de exculpación. Esto significa que debe evaluar caso por caso la naturaleza de la situación presentada, considerando los principios jurídicos subyacentes. Consecuentemente, debe analizar si existe una situación de peligro actual o inminente para bienes jurídicos y si la acción tomada para evitar el peligro cumple con los siguientes requisitos: 1) Subsidiariedad: la acción debe ser el último recurso disponible, 2) Proporcionalidad: el mal causado no debe ser mayor que el mal evitado, 3) Ausencia de provocación: la situación de peligro no debe haber sido provocada intencionalmente por el individuo, y 4) Tolerancia de la situación: debe considerarse si el individuo tenía otras opciones menos lesivas.

Asimismo, y a partir de la vigencia de la Ley 26.485 -que tiene como objetivo la protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres-, los jueces deben adecuar sus resoluciones al paradigma de género en la interpretación de las causales de justificación y exculpación. En este sentido, la referida normativa reconoce la violencia de género como una problemática estructural y, por lo tanto, requiere un análisis que tenga en cuenta el contexto de vulnerabilidad y la falta de alternativas que enfrentan muchas mujeres.

Resoluciones como las comentadas demuestran que se acepta e incluso se reconoce la posibilidad de interpretar el artículo 34 del Código Penal tanto con efectos justificantes como exculpantes. En efecto, la resolución dictada por la Dra. Ledesma admite esta ambivalencia, reconociendo el tratamiento dogmático del “mal” desde tres variantes: un mal inferior, equivalente o superior al que se pretende evitar.

Esta aceptación de múltiples interpretaciones evidencia el grave riesgo de caer en vicios esencialistas al interpretar situaciones de necesidad. La interpretación esencialista implica considerar que las situaciones de necesidad deben encajar rígidamente en categorías predefinidas, sin reconocer la complejidad y diversidad de circunstancias que pueden rodear un caso concreto. Por ejemplo, una acción realizada bajo un estado de necesidad puede tener características tanto de justificación como de exculpación, dependiendo de factores como la inmediatez del peligro, la proporcionalidad del mal causado en relación con el mal evitado, y la ausencia de otras alternativas.

En síntesis, la actual redacción del artículo 34 del Código Penal argentino presenta una problemática significativa debido a su imprecisión en la determinación de los efectos de las causales de justificación y eximentes. Aunque es necesaria una reforma legislativa para abordar esta deficiencia, actualmente los jueces tienen la responsabilidad de realizar dicha ponderación de bienes e intereses como requisito ineludible para admitir el estado de necesidad. Esta ponderación debe ser flexible, contextualizada y adaptada a la realidad social y legal contemporánea. Desde este enfoque, es importante recordar que la Ley 26.485 añade una capa adicional de consideración, especialmente en casos de violencia de género, subrayando la importancia de una interpretación que contemple factores de vulnerabilidad y género.

En otras palabras, la labor jurisdiccional debe reflexionar sobre todos los elementos subjetivos y coyunturales del caso bajo examen, teniendo presente que no existe un orden jerárquico, definido o estático en torno a los males en conflicto. Por lo tanto, incluso ante

la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico de alto valor, la conducta típica podrá resultar justificada en la medida en que el menoscabo o el grado del peligro resulte menor conforme a la valoración individual del caso.

XI. Bibliografía

Armaza Galdós, J. (2003). Estado agresivo y defensivo de necesidad, en *Anuario de Derecho Penal Université de Fribourg*.

https://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_13.pdf

Bacigalupo, E. (1999). *Derecho Penal. Parte General*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires.

Beling, E. (1944). *Esquema del Derecho Penal*, 11º ed., traducido por Soler, S., Buenos Aires.

Creus, C. (2003), *Derecho Penal Parte General*, 5ta. edición, Editorial Astrea, Buenos Aires.

De La Rúa, J., y Tarditti, Aida (2014). *Derecho Penal - Parte General*, t.2, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, pág. 25.

Díaz, H. (2018). *Código Penal Argentino Comentado - Parte General*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, págs. 302 y 303.

Donna, E. (2008). *Derecho Penal - Parte General*, t.3, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, págs. 271 y 272.

Finocchiaro, E. (2011). El error de prohibición evitable en el sistema del código penal argentino, publicado en [*Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas UNNE Vol. 5 Núm. 9: Nueva serie*](#), págs. 141-154.

<https://revistas.unne.edu.ar/index.php/rfd/article/view/5108>

Gimbernat Ordeig, E. (1990). El estado de necesidad un problema de antijuridicidad, en *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid.

Greenawalt, K. (1986). Distinguishing Justifications from Excuses, en *Law & Contemporary Problems*, Vol. 49, Núm. 3, págs. 89- 108.

<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3860&context=lcp>

Hegel, G. W. F. (1821). *Elementos de la filosofía del derecho (Grundlinien der Philosophie des Rechts)*, traducido por Mendoza de Montero, A., Ed. Claridad S.A., Buenos Aires, 1968.

Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducción de Joaquín Cuello y José Luis Serrano, Editorial Marcial Pons, Madrid.

Jescheck, H. & Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal - Parte General*, 5ta. Edición, traducido por Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F., Editorial Comare, España, pág. 387.

Kant, I. (1797). *Metafísica de las costumbres*, traducido por Cortina Orts, A. y Conill Sancho, J., 4ta. Edición, Tecnos, Madrid, 2008.

Mayer, H. E. (2007), *Derecho penal. Parte general*, traducción y notas por Sergio Politoff, Maestros del Derecho Penal N° 25, B de F, Montevideo.

Mezger, E. (1935), *Tratado de Derecho Penal*, t.1, versión española de 2° ed. Alemana, Madrid.

Núñez, R. (1994). *Tratado de Derecho Penal Parte General*, t.1, Editorial Marcos Lerner, Córdoba, págs. 318 y 319.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*, Fundamentos de la estructura de la teoría del delito, t.1, traducido por Luzón, D., Díaz, M. y Remesal, V., Civitas, Madrid.

Soler, Sebastián (1992). *Derecho Penal Argentino, Parte General*. 10° edición revisada y actualizada. Editorial Tea, Buenos Aires.

Truccone Borgogno, S. (2016). Estado de necesidad y daño: sobre la distinción entre Justificación y excusa en *Lecciones y Ensayos*, N° 97, págs. 271-293.

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/97/estado-de-necesidad-y-dano.pdf>

Villavicencio Terreros, F. (2016), *Derecho penal - Parte general*, Ed. Grijley, Lima.

Von Listz, F. (1881). *Tratado de Derecho Penal Alemán (Lehrbuch des Deutschen Strafrechts)*.

Welzel, H. (2004). *El nuevo sistema del Derecho Penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 2da. reimpresión, traducido por José Cerezo Mir, Ed. B de F, Madrid,

Zaffaroni, R. E., Alagia, A., y Slokar, A. (2011). *Derecho Penal. Parte General*, 2da. edición, 6ta. reimpresión, Ediar, Buenos Aires.

Recibido el 30 de mayo de 2024; aceptado el 13 de junio de 2024.

