

**Los bienes jurídicos susceptibles de salvamento en el estado de necesidad
exculpante: ¿*numerus apertus* o *numerus clausus*?**

1. Planteo del problema

El presente trabajo tiene por objeto determinar si la exculpación por estado de necesidad debe circunscribirse un catálogo cerrado de bienes jurídicos (como en el caso del código penal alemán respecto de la vida, el cuerpo y la libertad)¹ o si resulta más adecuada la ausencia de especificación por la cual se inclinó nuestro legislador².

Cabe aclarar que está prácticamente fuera de discusión que como el art. 34 inc. 2º de nuestro Código Penal no identifica cuáles son los bienes jurídicos susceptibles de protección no deben plantearse limitaciones respecto a ellos³ y creemos que esa es la interpretación correcta, pues toda otra importaría una restricción adicional para la procedencia del instituto que iría en claro detrimento del principio de legalidad. Este escenario sólo puede modificarse legislativamente y por lo tanto, a tenor de la norma actual, el análisis de la situación de necesidad debe ceñirse a la gravedad de la amenaza y a la proporcionalidad del daño.

No obstante, ello no impide preguntarnos cuál de los dos criterios -el *numerus apertus* o el *numerus clausus*- es más acorde con la fundamentación dogmática del estado de necesidad, y a tal fin reseñaremos brevemente el marco teórico en cuestión para luego exponer nuestro punto de vista.

2. Estado actual de la discusión

Es sabido que el instituto que nos ocupa difiere del estado de necesidad justificante pues constituye una causa de exculpación que -conforme la doctrina mayoritaria- descansa sobre una disminución del injusto y una doble reducción del contenido de la culpabilidad.⁴

En términos generales, podemos afirmar que procede cuando 1) se presentan males inconmensurables, casos en donde dada la naturaleza y características de los bienes en juego no es posible determinar cuál de ellos es mayor, 2) se trata de males equivalentes, supuestos en que los intereses en conflicto son de igual jerarquía, 3) el mal causado es mayor que el que se trata de evitar siempre que no fuera muy

¹ StGB, §35. "(1) *Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad.*".

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

³ D' ALESSIO, Andres J. (dir)- DIVITO, Mauro A. (coord). *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, 2ª ed. 4ª remip., La Ley, Bs. As., 2014, T I, p. 461. Ver también, BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Bs. As., 1994, p. 125/126, RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007, p. 345.

⁴ Op. Cit. RIGHI, p. 344.

desproporcionado, por ejemplo si se mata para evitar una mutilación grave, 4) a pesar que el mal causado sea menor que el que se pretende evitar no pueda invocarse una causa de justificación.⁵

Desde luego, las distintas posturas de codificadores argentinos y alemanes condicionan la producción doctrinaria de sus respectivos países, no obstante las opiniones en cuanto a la conveniencia o inconveniencia de sus soluciones legales no son uniformes ni necesariamente consistentes con el marco legal específico: hay quienes juzgan correcta la delimitación que establece el §35 del StGB, otros que la consideran excesiva y la tamizan con una interpretación amplia de los bienes jurídicos en juego y otros que directamente proponen una apertura total como la del art. 34 inc. 2º de nuestro Código Penal.

Así, JESCHECK afirma que los requisitos del instituto no pueden ser ampliados por el juez ya que están rigurosamente fijados por el legislador y que la restricción del §35 StGB se funda en la idea básica que rige el estado de necesidad exculpante, según la cual sólo cuando estén en peligro bienes jurídicos esenciales puede decirse que se dificulta esencialmente la autodeterminación conforme a la norma.⁶ Sostiene por lo tanto que los menoscabos leves a la incolumidad corporal y a la libertad no fundamentan exculpación alguna, aunque destaca que la afectación del cuerpo abarca el peligro de abuso sexual.⁷

Más categórico, HIRSCH indica que, a diferencia del estado de necesidad justificante, el disculpante exige que el autor esté sometido a una presión motivacional extrema que haga aparecer como inexigible un comportamiento con arreglo a la norma; de este modo, una exclusión de la culpabilidad por este motivo sólo entra en consideración en acciones tendientes a salvar bienes jurídicos individuales de rango elevado. Observa en este sentido que el ámbito se sigue extendiendo considerablemente más allá de los conflictos extremos -“*aun existenciales*”- que dan fisonomía a la figura jurídica del estado de necesidad disculpante, a punto tal de preguntarse si la incorporación de la libertad no entraña el riesgo de una excesiva extensión, dada su falta de necesidad práctica.⁸

⁵ DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte general*, T IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, p. 382.

⁶ JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 516.

⁷ Ver también Op. Cit. JESCHECK, p. 517.

⁸ HIRSCH, Hans Hoachim, *La regulación del estado de necesidad*, en *Obras Completas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, Tomo I, p. 121/147.

ROXIN explica que una aplicación analógica del §35 StGB a otros bienes jurídicos cercanos a la personalidad debe descartarse al menos en los delitos dolosos⁹. Incorpora la autodeterminación sexual al concepto de libertad y excluye del catálogo la vida en formación, los menoscabos insignificantes para la integridad física, la libertad general de ejercicio de la voluntad, los encierros de corta duración, las privaciones de la libertad conforme a derecho y los peligros que afectan a la población en su conjunto (vgr., hambruna en tiempos de guerra, perjuicios sanitarios y de vivienda), aunque acepta éstos últimos cuando las molestias superan ampliamente la medida general y amenazan daños irreparables¹⁰.

Para JAKOBS, es la presión psíquica que surge de la actuación la que fundamenta la exculpación; paralelamente a la regulación de la capacidad de culpabilidad, se considera al miedo un estado psíquico anómalo que excluye la capacidad de observancia de la norma. Sobre esa base, afirma, no se puede determinar por qué el miedo debe tener por contenido la preservación de determinados bienes y por qué no cuenta un miedo igualmente intenso acerca de otros. Considera a la libertad sexual, a diferencia de ROXIN entiende que la vida comprende a las personas por nacer y exige que la integridad corporal y la libertad sean puestas en peligro en una medida tal que se pueda entender que el autor ya no se ande con miramientos respecto de otras personas. Como corolario, asume que en caso de peligro para otros bienes jurídicos la total falta de miramientos ya no es comprensible, aunque deja entrever la posibilidad de atenuar la pena conforme el §49.1 del StGB.¹¹

Continuando con el análisis, PAWLIK señala que sólo el peligro de perder libertad de modo continuo y duradero, por fuera de las relaciones jurídicas institucionales, fundamenta la posibilidad de un estado de necesidad exculpante, que la libertad abarca la libertad sexual y corporal y que la propiedad y el patrimonio se encuentran excluidos desde el principio. Sin perjuicio de ello admite que esta estricta exclusión merece ser objeto de discusión, pues la pérdida del patrimonio o de una cosa insustituible puede contrariar el proyecto de vida del afectado de un modo no menos duradero que una merma en su integridad corporal o en su libertad de locomoción.

⁹ ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I. *Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª edición alemana de Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Thomson Civitas, Madrid, 2007, p. 905/906.

¹⁰ Op. Cit. ROXIN, p. 907.

¹¹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 688/689.

En suma, concluye que la delimitación restrictiva de bienes declara la imposibilidad de exculpación en casos en que se la puede comprender y justificar como una concesión a la importancia de la libertad de quien sufre las consecuencias de la acción salvadora y de la necesidad reconocer su calidad de *sujeto*. Así, a través de una estricta tipificación de los intereses aptos para dar lugar a un estado de necesidad disculpante debe entonces limitarse y tornarse previsible el riesgo que surgiría para el destinatario de la intervención.¹²

Por otro lado, MEZGER ya señalaba hace tiempo que la situación del estado de necesidad exculpante se había delimitado en forma excesivamente restringida¹³; más recientemente, STRATENWERTH advirtió que aunque en principio se acepte el objetivo del legislador de impedir que se amplíe descontroladamente el campo de acción de la inexigibilidad, el sistema de *numerus clausus* puede ser problemático en relación con amenazas de gravedad similar -vgr., el peligro de perder todas las posesiones en un incendio. Asimismo, afirma, pese a que la opinión dominante no estima admisible una ampliación del §35 por vía analógica, la voluntad del legislador histórico no puede impedir una interpretación sistemática de la ley, pudiendo afirmarse que concurre una situación similar si se trata de intereses especialmente cercanos a la personalidad.¹⁴

En la doctrina nacional, mientras que RIGHI y D´ALESSIO se apegan al texto legal y por ende descartan toda restricción en orden a los bienes jurídicos que se pueden preservar¹⁵, BACIGALUPO entiende que aun cuando la ley no hace diferencias y por lo tanto puede salvarse cualquiera de ellos¹⁶, desde el punto de vista político-criminal tal extensión no es aconsejable sino que lo correcto sería reducirla a la salvación de bienes o intereses de singular importancia¹⁷. Aún más terminante es DONNA, quien sostiene que el instituto bajo estudio sólo procede cuando existe un peligro para la vida, integridad física o libertad -incluyendo la sexual- y que si se incluyeran más bienes jurídicos “*se pondría en duda la seriedad de las conminaciones*

¹²PAWLIK, Michael, *Una teoría del estado de necesidad exculpante. Bases filosófico-jurídicas y configuración dogmática*, trad. de Marcelo Lerman, inédito.

¹³ MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, trad. de Conrado A. Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina, Córdoba, 1958, p. 259.

¹⁴ STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 5ª ed., trad. de Marcelo A. Sancinetti y Manuel Cancio Meliá, Hammurabi, Bs. As., 2005, p. 316.

¹⁵ Op. Cit. D´ALESSIO, p. 345; Op. Cit. RIGHI, p. 345.

¹⁶ BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Bs. As., 1994, p. 125/126.

¹⁷ BACIGALUPO, Enrique, *Derecho penal. Parte general*. ARA Editores, Lima, 2004, p. 383.

penales”, idea que entiende compatible con el derecho argentino habida cuenta del tenor del art. 34 inc. 2 del Código Penal¹⁸.

Para DE LA RÚA y TARDITTI subsisten enormes dificultades para admitir todos los conflictos de bienes equivalentes en los que el injusto afecta principalmente a la dignidad de una persona ajena al conflicto, dado que ella es el basamento fundamental del bloque de derechos humanos blindado a las injerencias utilitarias. Estas situaciones que ya se han rechazado para el ENJ, porque importan el sacrificio de bienes inocentes aun por necesidad de salvaguardar un mal mayor a un bien de similar consideración.¹⁹

Finalmente, ZAFARRONI ve con acierto que el código limite el material salvable atendiendo a la gravedad del mal. A su juicio, la no inclusión de BJ del ámbito de lo salvable no contradice el requerimiento “gravedad del mal”, pues no sólo pueden ser graves los peligros para la vida, la salud o la libertad sexual, sino también el que puede afectar la propiedad, la libertad, e incluso bienes jurídicos de aprovechamiento colectivo o los que indirectamente pueden afectar la libertad individual –vgr. los que protegen el sistema democrático de gobierno-. En la ley argentina tiene efecto exculpante la necesidad creada por la amenaza del único medio de subsistencia, que sin duda es grave e inminente.²⁰

3. Nuestra opinión

Como adelantamos *infra* 1, la primera fuente de interpretación es la letra de la ley y desde esa perspectiva creemos que de acuerdo con nuestra ley de fondo cualquier bien jurídico puede ser salvado en estado de necesidad exculpante. Sin embargo, a nuestro parecer la solución más apropiada desde el punto de vista teórico es aquella que podríamos denominar *intermedia* o *ecléctica*: el instituto debería circunscribirse a ciertos bienes determinados pero también incluir expresamente algunos que, según la gravedad de la amenaza, resultan igualmente trascendentes para la existencia de las personas.

Como bien dicen DE LA RÚA y TARDITTI, no pueden admitirse todos los conflictos de bienes equivalentes en los que el injusto afecta principalmente a una persona ajena al conflicto pues importan -nada menos- el sacrificio de bienes

¹⁸ Op. Cit. DONNA, p. 386/387.

¹⁹ DE LA RÚA, Jorge-TARDITTI, Aída, *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Bs. As., 2015, T2, p. 245/246.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio R.-ALAGIA, Alejandro-SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Ediar, Bs. As., 2001, p. 750.

inocentes, aun cuando sea por necesidad de neutralizar un mal mayor. Es que si bien en el estado de necesidad que nos ocupa ya podemos hablar de un *injusto penal*, el estado de derecho coloca límites cuando se trata de utilizar como instrumentos a un tercero ajeno al conflicto y en palabras de los citados autores, “...*si bien es posible admitir que existe una reducción real del ámbito de autodeterminación, la pérdida de bienes sin sustituir al ‘destino’ debe ser soportada como consecuencia de que aun en estas extremas situaciones se garantiza la dignidad de las personas*”²¹.

A nuestro entender, al igual que sucede con la legítima defensa el punto medular a analizar radica en el denominado derecho *intersubjetivo*. En palabras de PALERMO, “*El ‘otro’ no es una suerte de cálculo estratégico que un individuo utiliza como medio para satisfacer sus intereses egocéntricos. En efecto, las relaciones sociales entre las personas no se constituyen sobre la base de derechos aislados que pertenecen a individuos aislados, sino a partir de la existencia de deberes jurídicos que vinculan ‘intersubjetivamente’ a las personas*”²² y sobre esa base no puede ampliarse indiscriminadamente el objeto de protección de acciones que significan una afectación -a veces irreparable- a un tercero ajeno al conflicto. Esto se conjuga con la idea de que la acción en estado de necesidad tiene que ser el último recurso.²³

Por lo tanto, aunque discrepamos con DONNA en que la redacción del art. 34 inc. 2º del Código Penal permite una limitación de los bienes jurídicos en juego, en el plano teórico sí compartimos que una apertura ilimitada de los intereses protegidos conllevaría no sólo la falta de seriedad de las conminaciones penales sino fundamentalmente, del respeto por la integridad y subjetividad de las terceras personas que sin haber coadyuvado en nada a crear una situación amenazante de bienes ajenos, responde en la misma medida con los propios.

Ahora bien, quizás porque se percibe cierto exceso en la limitación legal del §35 StGB los autores alemanes han interpretado con amplitud la enumeración y eso sin dudas refleja que reducir el campo de permisividad al contenido de esa norma sería acotado. Consideramos entonces que además de la vida, la libertad, la autodeterminación sexual y la integridad corporal deberían contemplarse la pérdida total del patrimonio, de la vivienda única o del único medio de subsistencia.

²¹ Op. Cit. DE LA RÚA-TARDITTI, p. 245/246.

²² PALERMO, Omar, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Hammurabi, Bs. As., 2007, p. 345/346.

²³ WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de la 11ª edición alemana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1970.

En cuanto al peligro para el sistema democrático de gobierno que expone ZAFFARONI, nos cuesta imaginar una situación real que no involucre intereses ya contemplados, sin soslayar que situaciones de ese tenor generalmente tienen origen en agresiones ilegítimas que ameritarían su tratamiento ya en la faz de la antijuridicidad.

Del mismo modo y citando a ROXIN, no estamos tan seguros de excluir el caso de la hambruna en tiempos de guerra (pues indudablemente involucra la integridad física y aún la propia subsistencia) aunque nos parecen atendibles sus razones para excluir la vida por nacer, fundadas en que como los bienes *integridad física y libertad* sólo aluden a las personas, también en el art. 35 se piensa en la vida realmente existente, agregando además que un embrión no puede ser *pariente* o *persona allegada* en el sentido del §35.²⁴

En definitiva, consideramos que razones de política criminal, preventivo generales y fundamentalmente vinculadas con el respeto a derechos de terceros sugieren una delimitación de los intereses a salvar mediante el estado de necesidad exculpante, aunque juzgamos acotada la enunciación del CP alemán y la extenderíamos a los casos enunciados en los acápites precedentes.

²⁴ Op. Cit. ROXIN, p. 906.

Bibliografía

- BACIGALUPO, Enrique, *Lineamientos de la teoría del delito*, 3ª ed., Hammurabi, Bs. As., 1994.
- *Derecho penal. Parte general*. ARA Editores, Lima, 2004.
- D' ALESSIO, Andres J. (dir)- DIVITO, Mauro A. (coord). *Código Penal de la Nación, comentado y anotado*, 2ª ed. 4ª remip., La Ley, Bs. As., 2014.
- DE LA RÚA, Jorge-TARDITTI, Aída, *Derecho penal. Parte general*, Hammurabi, Bs. As., 2015.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Derecho Penal. Parte general*, T IV, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009.
- HIRSCH, Hans Hoachim, *La regulación del estado de necesidad*, en *Obras Completas*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, Tomo I.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, 2ª ed., trad. de Joaquín Cuello Contreras y José L. Serramo González de Murillo, Marcial Pons, Madrid.
- JESCHECK, Hans-Heinrich-WEIGEND, Thomas, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5ª ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenete, Comares, Granada, 2002, p. 516. Ver también RIGHI, Esteban, *Derecho penal. Parte general*, Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
- MEZGER, Edmund, *Derecho penal. Parte general. Libro de estudio*, trad. de Conrado A. Finzi. Editorial Bibliográfica Argentina, Córdoba, 1958.
- PALERMO, Omar, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Hammurabi, Bs. As., 2007.
- ROXIN Claus, *Derecho penal. Parte general*, Tomo I. *Fundamentos. Estructura de la teoría del delito*, trad. de la 2ª edición alemana de Diego M. Luzón Peña, Miguel Díaz y Conlledo y Javier De Vicente Remesal, Thomson Civitas, Madrid, 2007.
- STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible*, 5ª ed., trad. de Marcelo A. Sancinetti y Manuel Cancio Meliá, Hammurabi, Bs. As., 2005.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, trad. de la 11ª edición alemana de Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ZAFFARONI, Eugenio R.–ALAGIA, Alejandro–SLOKAR, Alejandro, *Derecho penal. Parte general*, 2ª edición, Ediar, Bs. As., 2001.