

## El estado de necesidad en la Cámara Federal de Casación Penal:

### apuntes para la formulación de una objeción

Roberto Falcone (h)\*

El presente comentario tiene como objeto de análisis el precedente de la Cámara Federal de Casación Penal en el caso FSA 12570/2019/10 (Registro n° 5/2021), en el que, como puede advertirse, se abordan cuestiones de sumo interés para todo aquel que centre su estudio en la norma permisiva a la que el título alude. En efecto, en su carácter de magistrada unipersonal, la jueza Angela Ester Ledesma confirmó la absolución de la mujer imputada dispuesta en su hora por el juez Mario Héctor Juárez Almaraz, del Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy, con fundamento en que se daban en el caso enjuiciado los presupuestos del art. 34 inc. 3 del CP argentino, esto es, lo que la doctrina unánimemente reputa como la regulación del estado de necesidad justificante en nuestro sistema de normas de naturaleza penal.

Resulta evidente que cada resolución judicial cuenta con una innumerable cantidad de aristas susceptibles de ser abordadas. Por ello, de todas las que el lector detectará, he decidido circunscribir mis observaciones a tres de ellas, dos de las cuales constituyen –en rigor- dos caras de un mismo dilema. Por un lado, brevemente, realizaré una ponderación del análisis efectuado por la magistrada Ledesma en relación a la violencia de género que la aquí imputada padeció, lo que necesariamente debe juzgarse condicionante de la situación de necesidad en que ella actuara. Dicho con otras palabras, la dogmática penal ineludiblemente debe considerar tal contexto a la hora de (potencialmente) imputar a través del destinatario institucional quebrantamientos de normas de comportamiento penalmente reforzadas. En segundo orden, y siendo ello el postulado central del presente comentario, intentaré dar razones en favor de la consideración del estado de necesidad aquí tratado como un supuesto de exculpación y no de concreto permiso, lo que arroja consecuencias no menores en las que ameritará detenerse. A tal efecto, previo a tal conclusión, señalaré las omisiones en que incurriera la argumentación de la magistrada para arribar a su resolución del caso, al no considerar completamente los alcances dogmáticos que cualquier permiso exhibe para el derecho penal.

#### I.- Un fallo con perspectiva de género

Liminarmente, con las propias palabras de la jueza Ledesma, destacaré las valoraciones que hizo en lo que a este aspecto concierne, las que dieran sustento a la resolución del presente caso como un supuesto fáctico cuyo juicio de subsunción encontró como premisa mayor el artículo 34 inciso 3° del nuestro CP.<sup>1</sup> Ha expuesto la magistrada lo siguiente:

*- "... atento a las especiales condiciones y circunstancias de vida de (...), nos encontramos ante un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y necesidad económica, cuyo análisis no puede limitarse únicamente a las disposiciones del art. 43 inc. 3 del Código Penal (sic), sino que debe incluir los principios rectores de las Convenciones*

---

\* Especialista en Derecho penal (U. Austral). Doctorando en Derecho (UNMdP).

<sup>1</sup> ARTICULO 34.- No son punibles: (...) 3º. El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño.

*Internacionales de Derechos Humanos que conforman nuestro bloque constitucional (art. 75 inc. 12 CN)."*

*- "...es claro que el análisis del presente caso requiere un enfoque integrador que incluya la perspectiva de género en virtud de los compromisos internacionales asumidos por el Estado Argentino al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer –“Convención Belem do Pará”- (CBP) y la ley 26.485, que impone el deber de facilitar el acceso a la justicia, evitar la revictimización y garantizar la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres –arts. 7.b de la Convención Belem do Pará-(cfr. causa 11.343 “Nadal, Guillermo Francisco, s/ recurso de casación”, resuelta el 5 de septiembre de 2013, registro 1260/13)."*

*- “ Desconocer la situación de necesidad que primó sobre (...), quien –como sostuvo la defensa y confirmó el juez en la sentencia- se encontraba angustiada por la salud de su hija y la imposibilidad económica de hacer frente a la cirugía que el médico le prescribió con urgencia, así como la presión que recaía sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia, implica 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."*

*- "...más allá de que (...) efectivamente contara con la tarjeta del señor Areco y su salario de 8000 pesos –salario que no alcanza ni mínimamente para cubrir las necesidades básicas de un grupo familiar-, no debemos olvidar que el sufrimiento psicológico actual de (...) también es una consecuencia directa del ejercicio de violencia física que sufrió durante 6 años en su ambiente familiar por parte de su ex pareja."*

*- “En el caso, nos encontramos ante una mujer que está a cargo de la manutención, cuidado y contención de sus dos hijos menores, en un contexto de violencia de género y con una situación socioeconómica desfavorable –en los términos de la Convención-, producto de las ocasionales y precarias actividades laborales a las que ha podido acceder, y que además no ha completado sus estudios secundarios (cfr. informe psicosocial). En esta tesitura, es que debe afrontar con carácter urgente la cirugía que el médico le prescribió a su hija."*

*- “... no podemos dejar de lado las presiones sociales y culturales que recaen sobre el rol materno de la mujer, que inevitablemente impactan en su estado emocional y juegan un rol significativo a la hora de decidir la ponderación de intereses en juego."*

Como complemento, quisiera señalar que la distinción entre las voces “sexo” y “género” encierra una alusión al estatus ontológico de sus referentes, ya que mientras el primero supondría un dato de la naturaleza, perteneciente al campo epistemológico de la biología, el segundo se correspondería con una categoría de la cultura cuyo campo epistemológico vendría delimitado por la sociología. Si ello fuese cierto, entonces sería expresión de la adopción de una matriz metafísicamente dualista, que asigna lo denotado por los términos “sexo” y

“género” a dos parcelas distintas del mundo: la del mundo natural y la del mundo social, respectivamente.<sup>2</sup>

Se ha dicho, en idéntica línea, que “*el género es una categoría social como lo es la raza, la clase, la edad, etc. que atraviesa y es atravesada por todas las otras categorías sociales. Tiene su base material en un fenómeno natural, de nacimiento que es el sexo, cuya desaparición no depende de las diferencias sexuales así como la desaparición del racismo no depende de las distintas etnias*”.<sup>3</sup> Tal toma de postura implica que el género, en tanto categoría social imbricada con otras de su misma especie, bajo las que resulta delimitada la identidad social de un individuo, tendría como base material al sexo en su condición de fenómeno natural, que nos viene dado desde el nacimiento. Además, la distinción ontológica entre sexo y género, de la que deviene una interpretación del género de un individuo como una característica emergente o superviniente<sup>4</sup>, desemboca en la postulación de una matriz predominantemente binaria que reconoce dos géneros alternativos, el femenino y el masculino, como posibles resultados de la producción social de la identidad atribuida a quien porta el sexo “correspondiente”: la hembra o el varón.<sup>5</sup>

La exposición realizada hasta el momento me permite, entonces, darle fecundidad a la diferenciación propia de la filosofía del lenguaje entre hechos brutos e institucionales<sup>6</sup>, dado que el hecho de que A sea una hembra de la especie *homo sapiens* se dejaría reputar como un hecho bruto (en tanto puro hecho físico o, como en este caso, biológico), mientras que el hecho de que la misma A sea una mujer supondría un hecho institucional, calificándose por tal a aquel que sólo pueden existir dentro de las instituciones humanas. En tal sentido, portar un género representa el resultado de una operación consistente en la asignación colectiva de un determinado *estatus* a ese individuo, cuya función que trae aparejado resulta pasible de ser desempeñada por A sobre la base de un mecanismo de aceptación colectiva, y no sobre la sola base de sus características físicas. Es por ello que la relación entre sexo y género puede juzgarse como una de co-constitución o co-emergencia, ya que el sexo se constituye con referencia al género, en atención a que éste es identificado con aquella dimensión de la diferencia entre hombres y mujeres no exclusivamente reconducible a su respectiva base

---

<sup>2</sup> Así MAÑALICH, Juan Pablo; *Ontología sexual y derecho penal: sobre la constitución de la heteronormatividad como prestación jurídica*, en *Reversa* (Primeras Jornadas Estudiantiles de Teoría de Género, Universidad de Chile), Editorial Párrafo, Santiago, 2011, p. 76.

<sup>3</sup> Cfr. FACIO, Alda y FRIES, Lorena; *Feminismo, género y patriarcado*, en *Género y Derecho*, LOM/La Morada, Santiago, 1999, p. 31.

<sup>4</sup> Ver BUNGE, Mario; *Emergencia y convergencia. Novedad cualitativa y unidad del conocimiento*, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 29 y ss.

<sup>5</sup> Esencial MAÑALICH, Juan Pablo; *Ontología...*, cit., p. 77.

<sup>6</sup> Ver por todos RAWLS, John; *Two concepts of rules*, en *The Philosophical Review* 64, 1955, pp. 3 y ss. También SEARLE, John; *Speech Acts. An essay in the philosophy of language*, Cambridge University Press, Cambridge, 1969, pp. 33 y ss. EL MISMO; *La construcción de la realidad social*, Paidós, Barcelona, 1997, pp. 44 y ss. Explica KINDHÄUSER que la expresión *factum brutum*, tomada literalmente, designa a los “hechos no procesados”, y que así como un diamante en bruto puede procesarse y, al mismo tiempo, hacerse útil mediante el acto de cortarlo, tallarlo o pulirlo, de idéntico modo pueden los hechos brutos ser procesados de distintas formas en aras de otorgarles significado. Cfr. KINDHÄUSER, Urs; *Hechos brutos y elementos normativos del tipo*, In *Dret*, Barcelona, abril de 2014, pp. 4 y ss.

biológica, mientras que el género se constituye con referencia en el sexo, en tanto éste supondría el sustrato natural de aquél.<sup>7</sup>

Tales consideraciones, que sin reservas permiten concluir que el género implica una imposición de roles eminentemente delimitados a través de concretos procesos de socialización, ofician –como se anticipara- de aportes complementarios al más que correcto abordaje de la temática en el fallo bajo estudio, por lo que entiendo nada cabe agregar al respecto.

## II.- ¿Estado de necesidad justificante?

En este segundo apartado advierto- al menos según mi criterio- que la argumentación desarrollada por la jueza presenta algunas deficiencias dogmáticas, que parten de la posición analítica de la solución del caso acudiendo al instituto del estado de necesidad justificante, en tanto auténtico permiso que la imputada habría ostentado para actuar como de hecho lo hizo. Para fundamentar mis proposiciones es preciso realizar, previamente, algunas precisiones jurídicas.

Toda norma permisiva halla su lugar en el mundo del derecho con el objeto de desempeñar una función puramente negativa en la determinación del “espacio de juego para la acción” circunscripto por algún conjunto de normas prohibitivas, por lo que, en los términos del denominado “cuadrado deóntico”, los operadores deónticos implicados en los predicados *prohibido* y *permitido* ameritan ser definidos como opuestos.<sup>8</sup> En el presente contexto debe destacarse la célebre distinción que introdujera VON WRIGHT entre el permiso fuerte y el permiso débil; así, mientras que el permiso débil representa una concreta ausencia de prohibición, el hecho de que un acto esté permitido en sentido fuerte suma a la par un sometimiento a norma, en tanto la autoridad ha considerado su estatus normativo y ha decidido expresamente permitirlo. Ello supone que sólo el permiso entendido en este último sentido constituya un carácter normativo.<sup>9</sup>

Por su parte, el efecto excluyente de una norma permisiva en relación a alguna norma prohibitiva resulta dependiente de la existencia de un solapamiento de sus respectivos contenidos semánticos, es decir, de su respectiva intensión.<sup>10</sup> Lo expuesto constituye un componente imprescindible para poder calificar la vinculación entre prohibiciones y permisiones como supuestos de “antinomia” o, lo que es lo mismo, de colisiones de normas. En palabras de MAÑALICH, “*si el operador ‘permitido’ es definido como equivalente a ‘no prohibido’*, sólo será posible reconocer una colisión entre una norma prohibitiva y una norma

---

<sup>7</sup> En ese sentido MAÑALICH, Juan Pablo; *Ontología...*, cit., pp. 78 y ss., puntualmente p. 85.

<sup>8</sup> Importante al respecto MAÑALICH, Juan Pablo; *Normas permisivas y deberes de tolerancia*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 41 N°2, p. 474. Esencial para la consideración de las normas permisivas como supuestos de normas excluyentes BIERLING, Ernst Rudolf; *Juristische Prinzipienlehre I*, Mohr Siebeck, Freiburg - Leipzig, 1894, pp. 93 y ss.

<sup>9</sup> Cfr. VON WRIGHT, Georg; *Norm and Action*, Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963, p. 86. Para entender a los permisos fuertes y débiles como elementos de las proposiciones normativas y no de las normas, ver ALCHOURRON, Carlos- BULYGIN, Eugenio; *Permisos y normas permisivas*, en El libro de los permisos, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2019, p. 25.

<sup>10</sup> Para el estudio de los métodos de la extensión e intensión, ver CARNAP, Rudolf; *Meaning and Necessity*, The University of Chicago Press, Chicago, 1947, pp. 23 y ss.

*permisiva en la medida en que al menos una acción particular satisfaga el contenido semántico de uno y otra. Así, respecto de una acción que simultáneamente satisface la descripción 'matar a otro' y la descripción 'defenderse frente a una agresión antijurídica de modo racionalmente necesario', una exclusión de la prohibición del homicidio condicionada por la permisón de la legítima defensa determinará que la aplicabilidad de la primera norma se vea situacionalmente suspendida, quedando así neutralizada como fundamento de un eventual deber de omitir esa acción".<sup>11</sup>*

Un modelo de teoría de las normas que conciba a cada una de ellas como un imperativo para sus destinatarios, naturalmente, habrá de rechazar la concepción de las normas permisivas como normas puramente excluyentes de normas prohibitivas. Tal es el caso del monumental edificio teórico de BINDING, quien opta por llamar a los permisos "autorizaciones", las que comprenden acciones al mismo tiempo subsumibles bajo normas prohibitivas, por lo que la existencia de las primeras implica caracterizar a estas últimas como reglas que ostentan determinadas excepciones.<sup>12</sup> Sin perjuicio de ello, si se adscribe -como aquí- a una propuesta teórica que renuncia al modelo imperativista y define sintácticamente el concepto de norma de comportamiento como la correlación de un operador deóntico con la descripción de un determinado tipo de acción, las oraciones deónticas que detenten tales características dejarán reputarse (en contra de BINDING) genuinas normas. Por tal motivo, en casos en que el operador deóntico en cuestión sea la permisón, estaremos sin más vacilaciones ante normas (de comportamiento) permisivas.<sup>13</sup>

También, en contra de un auténtico lugar común, debe decirse que, en su caso, la relación entre norma prohibitiva y norma permisiva excluyente no es una que responda a los parámetros de la *lex specialis* sino, antes bien, una -en términos de teoría de conjuntos- signada por la "interferencia". Así, tanto BELING como KLUG han demostrado que la interferencia en el contexto del concurso aparente supone que al menos una unidad de comportamiento sea subsumible en una y no en otra norma, al menos una unidad de comportamiento sea subsumible en la segunda norma pero no en la primera y, finalmente, al menos una unidad de comportamiento sea subsumible en ambas (tratándose en este caso de la intersección de los conjuntos).<sup>14</sup> En ese andarivel, cabe constatar que existe, a modo de

---

<sup>11</sup> Así en MAÑALICH, Juan Pablo; *Normas permisivas...cit.*, p. 480. También BIERLING, Ernst Rudolf; *Juristische...*, cit., p. 180.

<sup>12</sup> Cfr. BINDING, Karl; *Die Normen un ihre Übertretung I*, Felix Meiner, Leipzig, 1922, pp. 127 y ss.

<sup>13</sup> El modelo de teoría de las normas de inspiración analítica aquí seguido es el propuesto por la tríada de profesores integrada por Urs KINDHÄUSER (ver *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1989), Joachim VOGEL (principalmente en *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993) y Juan Pablo MAÑALICH (entre muchos otros ver *Norma, causalidad y acción*, Marcial Pons, Madrid et. al., 2014).

<sup>14</sup> Ver al respecto BELING, Ernst; *Die Lehre vom Verbrechen*, Mohr Siebeck, 1906, pp. 281 y ss. Asimismo KLUG, Ulrich; *Zum Begriff der Gesetzkonzurrenz*, en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 68, 1956, pp. 403 y ss. Son esenciales para entender la relevancia de la obra de KLUG en este tópicó las consideraciones de Joachim HRUSCHKA, en cuanto expresa (en su artículo *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?*, publicado en *Imputación y derecho penal*, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, 2009, p. 367) que su colega no sólo ha vertido una mera opinión, sino que ha demostrado con medios generalmente reconocidos que las cosas son como él sostiene. A la par, trascendental para la dogmática del concurso aparente, MAÑALICH, Juan Pablo; *El concurso aparente como herramienta de*

ejemplo para refutar el aludido recurso a la *lex specialis*, sólo una norma permisiva de legítima defensa y sólo una norma permisiva de estado de necesidad, y no tantas normas permisivas con fundamento en las cuales se excluyan correspondientes normas prohibitivas (no se habla en ningún lugar de la geografía de nuestro código penal, por caso, de lesiones en estado de necesidad, daño en estado de necesidad, etc.), ello motivado en estrictas razones de economía ontológica.

Ahora bien, HRUSCHKA advierte, puntualizando su análisis en el estado de necesidad agresivo, que existe una relación de correspondencia entre tal permiso de actuación y los deberes impuestos en tal situación, dado que la norma permisiva en cuestión le otorgaría fundamento al respectivo derecho de intervención para la persona cuyos bienes jurídicos peligran, así como al correlativo deber de tolerancia para el titular de los bienes jurídicos pasibles de verse menoscabados por la acción de salvaguarda.<sup>15</sup> En efecto, tanto el tercero afectado cuanto cualesquiera otros sujetos están obligados a no impedir la conducta justificada del necesitado o de su auxiliador, dado que ello (y no otra cosa) es concretamente lo implicado en la referida expresión deber de tolerancia, lo que representa afirmar, con otras palabras, que al derecho de intromisión del sujeto en la esfera del tercero se le asocia un deber de éste de soportar tal agresión. Cabe agregar, asimismo, que en atención al carácter permitido de la conducta del sujeto necesitado, se concluye por lo general que el mismo no obra antijurídicamente, por lo que también los órganos del Estado tienen el deber de tolerarla (lo que no sucede con las conductas sólo disculpadas).<sup>16</sup>

A diferencia del modelo kantiano, en el que no podía haber necesidad alguna que torne legal lo que resultaba injusto<sup>17</sup>, dado que en tal planteamiento una comunidad en Derecho no constituía una comunidad solidaria de necesitados sino una comunidad de autoprotección integrada entre capaces de acción<sup>18</sup>, halla actualmente adeptos la idea de que en situaciones de necesidad especialmente graves opera un régimen residual de sostén recíproco, que encuentra fundamento en la solidaridad como excepción que refuerza la regla de la autodeterminación en tanto punto de partida principal para la asunción de deberes jurídicos.<sup>19</sup> En tal tesitura, la situación de estado de necesidad, contrariamente al modo en que se exhibe a golpe de vista, no puede sólo ser concebida como un acontecimiento interpersonal, o –dicho de otra manera– como un conflicto entre el sujeto que se injiere y el destinatario de la injerencia; antes bien, la pretensión de solidaridad del ciudadano necesitado se dirige en la

---

*cuantificación penológica de hechos punibles*, en *El derecho penal como teoría y como práctica*. Libro en homenaje a Alfredo Etcheberry Orthusteguy, Thomson Reuters, Santiago, 2016, pp. 501 y ss.

<sup>15</sup> Así HRUSCHKA, Joachim; *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (2° ed.)*, De Gruyter, Berlin-New York, 1988, p. 89. También RENZIKOWSKI, Joachim; *Notstand und Notwehr*, Duncker&Humblot, Berlin, 1988, pp. 191 y ss., entre muchos otros.

<sup>16</sup> Cfr. SILVA SANCHEZ, Jesús-María; *Derechos de necesidad agresiva y deberes de tolerancia*, en *Revista Discusiones* n° 7, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 2007, pp. 25-28. Importante también KÜHL, Kristian; *Freiheit und Solidarität bei den Notrechten*, en *Festschrift für Hans Hirsch zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin- New York, 1999, pp. 259 y ss.

<sup>17</sup> Ver KANT, Immanuel; *Metaphysik der Sitten*, en *Werke in Zehn Bänden*, vol. VII, 5° ed., Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt, 1983, p. 343.

<sup>18</sup> Así KERSTING, Wolfgang; *Wohlgeordnete Freiheit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1993, p. 98.

<sup>19</sup> Cfr. por todos PAWLIK, Michael; *Solidaridad como categoría de legitimación jurídico-penal: El ejemplo del estado de necesidad agresivo justificante*, en *Revista de Estudios de la Justicia* n° 26 (2017), pp. 226 y ss.

concreta situación del estado de necesidad agresivo -entiendo que a éste se refiere la magistrada, pese a que en ningún momento es ello explicitado- contra sus conciudadanos en su totalidad. Por ello, la persona individual a la que se recurre contingentemente en la coyuntura opera, en palabras de PAWLIK, como una estación de tránsito o representante de la generalidad.<sup>20</sup>

Pues bien, en razón de lo expuesto, la argumentación vertida por la jueza Ledesma –fundante de su solución del caso- en definitiva conduce a postular como solución jurídica correcta que la Gendarmería Nacional al momento de interceptar a la aquí imputada y detectar que transportaba estupefacientes estaría sometida a un deber de tolerar su comportamiento, al tratarse en concreto tal conducta del quebrantamiento de una norma que protege un bien jurídico de menor entidad. Tal consecuencia de su parecer, entiendo, fue pasada por alto por la magistrada, quien no se expidió siquiera mínimamente sobre el deber de tolerancia que todo estado de necesidad justificante conlleva, haciendo exclusivo hincapié en “*la diferencia que existe entre los bienes jurídicos en juego*” (punto d del apartado V de la sentencia).

Por ello, y aunque resulte contraintuitivo, abordar el presente caso como pasible de ser subsumido en la norma permisiva designada como estado de necesidad justificante supone que, si se le reconoce (como aquí) capacidad de rendimiento al deber de tolerancia complementario, el mismo impone que ante la eventual explicación del contexto de necesidad que se hallaba atravesando la encartada, los preventores tuvieran que permitirle que se haga del dinero que contribuiría a costear la operación de su hija, agotando así el atentado contra el bien jurídico de inferior valía. Pero, como resulta obvio, los gendarmes no son meros ciudadanos sino que, puntualmente en el caso que nos ocupa, ejercen el rol en representación del Estado de garantes de impedir –dentro de su esfera de competencia- la comisión de delitos<sup>21</sup>; por tal motivo, complejizándose aún más la cuestión, con la solución propiciada por la jueza Ledesma estarían los preventores frente a lo que se conoce como una colisión de deberes, constituidos prácticamente por el cumplimiento del deber inherente a su función, que emana del art. 34 inc. 4° del CP<sup>22</sup>, y el concreto deber de tolerancia en el caso, ya suficientemente desarrollado.

Una situación de colisión de deberes es por lo general definida como “... *aquella en la que sobre un mismo sujeto recaen dos obligaciones de posible cumplimiento alternativo que, en el caso concreto, por razones estrictamente empíricas, resultan de imposible satisfacción cumulativa. Es decir, aun siendo posible el cumplimiento por separado de ambas obligaciones, el cumplimiento de cada una de ellas supone necesariamente en el caso concreto el*

---

<sup>20</sup> Así PAWLIK, Michael; *Solidaridad como categoría...*, cit., p. 241. En el mismo sentido, poniendo énfasis en los deberes de solidaridad que (también) recaen sobre la víctima como resultado de las relaciones de ciudadanía, FALCONE, Andrés; *La intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante. Un desafío para la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación*, en Revista EN LETRA: DERECHO PENAL, Año IV, número 6 (2018), p. 295. También EL MISMO; *Fundamentos de intervención delictiva*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 313 y ss.

<sup>21</sup> La fundamentación de tal posición de garantía puede verse en PAWLIK, Michael; *El funcionario policial como garante de impedir delitos*, en *La libertad institucionalizada. Estudios de filosofía jurídica y derecho penal*, Marcial Pons, Madrid *et al.*, 2010, pp. 181 y ss.

<sup>22</sup> ARTICULO 34.- No son punibles: (...) 4º. El que obrare en cumplimiento de un deber o en el legítimo ejercicio de su derecho, autoridad o cargo.

*incumplimiento de la enfrentada.*"<sup>23</sup> En tal contexto, erigir en concreto deber para el destinatario el proveniente del interés cuya preservación resulta preponderante, lo que remite a la problemática teoría de la ponderación, esconde en rigor una alarmante imposibilidad de delimitar con nitidez el objeto de comparación, esto es, la noción de interés, así como los estándares mediante los cuales se otorga valor a cada interés en juego, para ser luego reconducidos a un baremo común que habilite en la práctica su comparación y prelación.<sup>24</sup>

Frente a ello, con apoyo en los principios de autonomía y solidaridad y en el marco de una concepción de nuestra disciplina que respalda la posición de que el ordenamiento jurídico no se orienta a la mayor protección posible de bienes jurídicos, sino a la garantía de posiciones jurídicas predefinidas formalmente a partir de las nociones de derecho y deber<sup>25</sup>, realiza COCA VILA, en el plano de su especie, una jerarquización de las razones de obligación que acaba concluyendo que existen deberes –y como correlato, derechos- de tres especies diferentes: de competencia plena, como expresiones obligatorias de la máxima intensidad, cuya infracción se sanciona de la manera más intensa posible; de competencia preferente, cuya legitimación trae causa en actos de libertad especial del obligado de naturaleza algo más tenue y, finalmente, de competencia mínima, que son aquellos apenas reconducibles a actos de autonomía del obligado, registrando como caso paradigmático el deber general de socorro (CP, 108).<sup>26</sup> Sus investigaciones y resultados, sin duda alguna, debieron haber sido receptados al propiciarse una solución del caso en el sentido atribuible a la magistrada Ledesma.<sup>27</sup>

### III.- La solución correcta: estado de necesidad disculpante

---

<sup>23</sup> Cfr. COCA VILA, Ivó; *La colisión entre razones de obligación en Derecho penal*, In Dret, Barcelona, abril de 2017, p. 8.

<sup>24</sup> Así en HELMERS, Gunnar; *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandrechts. Eine grundlegende Untersuchung. Zugleich ein Beitrag zur kantischen Rechtsphilosophie*, Duncker&Humblot, Berlin, 2016, pp. 331 y ss. Un intento de resolver problemas semejantes pero en un plano principialista (arribando en definitiva a resultados infructuosos, de los que no puedo ocuparme aquí dada la extensión prevista para el presente comentario) es el transitado por Robert ALEXY y su célebre "fórmula del peso". Ver al respecto, en lugar de muchos, ALEXY, Robert; *Discourse Theory and Fundamental Rights*, en *Constitutional Rights through Discourse. On Robert Alexy's Legal Theory*, European and Theoretical Perspectives, ARENA, Oslo, 2004, pp. 35 y ss.

<sup>25</sup> Ver COCA VILA, Ivó; *La colisión...*, cit., p. 15. No resulta éste el ámbito propicio para polemizar con tales ideas, pero sí debo decir que la dicotomía *protección de bienes jurídicos vs. vigencia de la norma*, que tanto ha ocupado al penalismo reciente, entiendo exhibe una trascendencia relativa en tanto se comparta que el punto de referencia de la motivación humana es el reconocimiento efectivo, como razón para la acción, de normas que protegen bienes jurídicos, cuya protección sería, precisamente por ello, indirecta. Como aquí KINDHÄUSER, Urs; *Vigencia de la norma y protección de bienes jurídicos*, en *Discriminación, principio de jurisdicción universal y temas de derecho penal*, UNIANDES, Bogotá, 2013, pp. 3 y ss. Tal enfoque fue pasado por alto en FALCONE (h), Roberto; *Negociaciones incompatibles con la función pública: una perspectiva funcional*, en *Revista de Derecho Penal Económico 2019-2 Responsabilidad de las personas jurídicas y "compliance"*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2020, pp. 13 y ss. Acerca del bien jurídico penal como nivel suficiente de motivación fiel al derecho y la materialización de su protección, KINDHÄUSER, Urs; *Gefährdung...*, cit., pp. 325 y ss.

<sup>26</sup> ARTICULO 108. - Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos doce mil quinientos el que encontrando perdido o desamparado a un menor de diez años o a una persona herida o inválida o amenazada de un peligro cualquiera; omitiere prestarle el auxilio necesario, cuando pudiere hacerlo sin riesgo personal o no diere aviso inmediatamente a la autoridad.

<sup>27</sup> Para una comprensión cabal de su posición véase COCA VILA, Ivó; *La colisión de deberes en Derecho penal. Concepto y fundamentos de solución*, Atelier, Barcelona, 2016, *passim*.

Primeramente, debe tenerse en consideración que el reproche personalísimo que todo juicio de culpabilidad hacia una persona conlleva, que en definitiva se reconduce a la falta de transformación situacional de una norma institucionalmente validada en premisa eficaz de deliberación práctica<sup>28</sup>, deja al descubierto –dada la condición de ser un juicio adscriptivo basado en las relaciones humanas– una determinada característica de la actitud de un agente hacia otros que socava las relaciones que caben mantener con esa persona.<sup>29</sup> En esa línea, no debe perderse de vista que el contexto de aplicación de toda norma de sanción penal queda delimitado por la constatación de que la razón por la que un agente tenía que omitir o ejecutar una acción de hecho no lo motivó a omitirla o ejecutarla<sup>30</sup>; en otros términos, si el autor se hubiese formado el motivo para el seguimiento de la norma como dominante, entonces él habría podido evitar el comportamiento antijurídico.<sup>31</sup>

Las normas sirven, concretamente, a la integración social; sólo será desintegrador aquel comportamiento que, como acto comunicativo proveniente de un sujeto capaz de comunicación, pretenda ser portador de sentido y, con ello, ensanchar el ámbito de lo que resulta potencialmente portador de sentido más allá de los límites acordados. El criterio de cuándo si y cuándo no un comportamiento adquiere este significado lo ofrece la culpabilidad.<sup>32</sup> Pero tal responsabilidad por el quebrantamiento de normas de comportamiento presupone la legitimidad de éstas<sup>33</sup>, que vienen a representar una coordinación de intereses contrapuestos. Por un lado, se encuentra la libertad general de acción del destinatario de la norma; por otro, determinado interés protegido. La norma indica, de este modo, bajo qué condiciones se ve restringida la libertad general de acción en consideración del interés protegido. Ejemplificando con el caso que nos ocupa, la prohibición del transporte de estupefacientes, contemplado en el art. 5 inc. C de la ley 23.737<sup>34</sup>, restringe la libertad general de acción en aras de la protección

---

<sup>28</sup> Esencial MAÑALICH, Juan Pablo; *Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal*, en *La culpabilidad*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2019, p. 202.

<sup>29</sup> Así, desde la óptica de la filosofía moral, SCANLON, Thomas; *Moral Dimensions*, Cambridge, London, 2008, p. 128. Similar ARENDT cuando sostiene que, mediante el quebrantamiento de la norma, el individuo abandona la comunidad. Cfr. ARENDT, Hannah; *Macht und gewalt*, Piper & Co. Verlag, München, 1985, p. 42.

<sup>30</sup> Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo; *Las dimensiones...*, cit., p. 217. Mucho tiempo atrás observó HEGEL que la subjetividad, esto es, lo que constituye a un sujeto como tal, no es más que la totalidad de sus acciones. Cfr. HEGEL, Georg; *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1986, par. 124.

<sup>31</sup> Fundamental KINDHÄUSER, Urs; *La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad*, en *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de derecho*, BdeF, Montevideo-Buenos Aires, 2011, p. 68. Por ello es que BINDING reputó al derecho penal en tanto contexto de razonamiento práctico como definido por lo que atinadamente llamó una “psicología esotérica”. Ver al respecto BINDING, Karl; *Die Normen und ihre Übertretung* t. II, 2° ed., Scientie Verlag Aalen, Leipzig, 1914, pp. 3 y ss.

<sup>32</sup> KINDHÄUSER, Urs; *La fidelidad...*, cit., p. 85.

<sup>33</sup> Nos hemos detenido en el tópico de su legitimidad democrática en FALCONE, Roberto (h)-BUSTOS, Lucrecia; *Ecos de una decisión judicial mendocina*, en *Revista de Derecho penal y Criminología Thomson Reuters La Ley*, año X, número 11, Diciembre 2020, pp. 265 y ss.

<sup>34</sup> Art. 5º — Será reprimido con prisión de cuatro (4) a quince (15) años y multa de cuarenta y cinco (45) a novecientos (900) unidades fijas el que sin autorización o con destino ilegítimo: (...)c) Comercie con estupefacientes, precursores químicos o cualquier otra materia prima para su producción o fabricación o los tenga con fines de comercialización, o los distribuya, o dé en pago, o almacene o transporte.

de la salud pública, lo que se vería compensado si todos los demás se sometiesen a la misma restricción de libertad.<sup>35</sup>

Así, la expectativa puesta en el seguimiento de las normas, que se ve defraudada en cada oportunidad en que los destinatarios no les prestan -pese a su capacidad de hacerlo o, en su caso, de su capacidad de asegurar su capacidad de hacerlo en tanto propia incumbencia en cabeza de ellos<sup>36</sup>- el adecuado seguimiento, consolida el específico reproche de culpabilidad, explicitando de este modo un juicio de decepción vinculado al déficit de fidelidad al derecho evidenciado en el quebrantamiento de la norma.<sup>37</sup> En tal medida, la comprobación de la satisfacción de los presupuestos específicos sobre los cuales se sustentan las referidas capacidades conduce a una “falsación” de la hipótesis de fidelidad al derecho respecto de un autor concreto, que fundamenta el antedicho reproche jurídico – penal de culpabilidad.<sup>38</sup>

Al interior de tal categoría dogmática, por su parte, las reglas de exclusión de la imputación que dejan abordarse como supuestos de exculpación hacen referencia a una demarcación situacional de la expectativa de motivación con arreglo a la norma<sup>39</sup>, donde existe la posibilidad de tomar en cuenta las razones para la acción que resultaron dirimentes en el respectivo contexto fáctico, dado que allí no puede el ordenamiento jurídico exigir, según BINDING, el heroísmo extraordinario del sacrificio de quien resulta involucrado en el mismo<sup>40</sup> o, cabría agregar, de alguien vinculado a ese individuo de modo institucional (paradigmáticamente, un hijo o hija menor de edad). BUSTOS RAMIREZ expresó con supina claridad al definir la noción de inexigibilidad<sup>41</sup> que *“el sistema no puede exigir al sujeto aquello que en su quehacer social concreto traspasa los límites de su consideración como actor social y que en definitiva sería no respetar su dignidad de persona y estimarlo un mero engranaje del sistema, al cual se le puede manipular de cualquier modo, prescindiendo de su persona en cuanto tal al momento de actuar. Y en ese sentido entonces el sistema tiene que considerar al hombre como tal, con sus miedos, sus cansancios, sus necesidades básicas, etcétera”*.<sup>42</sup>

En esa línea, al abordar específicamente lo concerniente al estado de necesidad exculpante, debe considerarse que el hecho de que una persona se halle en un contexto de peligro actual o inminente para determinados bienes jurídicos reputados fundamentales no es incompatible con que esa persona siga ostentando capacidad de motivarse, por mor de la norma, a omitir la acción prohibida o ejecutar la acción ordenada por la norma respectiva. Sin perjuicio de ello, la pregunta relevante es si acaso en tal situación la ausencia de seguimiento de la norma resulta

---

<sup>35</sup> Contundente KINDHÄUSER, Urs; *Culpabilidad jurídico-penal en el Estado democrático de derecho*, en *Pena y culpabilidad...*, cit., p. 219.

<sup>36</sup> En relación a la estructura de la imputación extraordinaria, con expresa alusión a la imprudencia, FALCONE, Roberto (h); *El artículo 84 bis del Código Penal: un análisis general y particular*, en *Revista de Derecho penal y Criminología Thomson Reuters La Ley*, año VIII, número 10, Noviembre 2018, pp. 6 y ss.

<sup>37</sup> Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo; *La exculpación como categoría del razonamiento práctico*, In Dret, Barcelona, enero de 2013, p. 2.

<sup>38</sup> Así MAÑALICH, Juan Pablo; *La exculpación...*, cit., p. 8.

<sup>39</sup> Al respecto, fundamental KINDHÄUSER, Urs; *Gefährdung...*, cit., pp. 37 y ss.

<sup>40</sup> Cfr. BINDING, Karl; *Handbuch des Strafrechts T 1*, Duncker & Humblot, Leipzig, 1885, p. 764.

<sup>41</sup> Es pertinente dar cuenta de que la misma aparece como figura de fundamentación intra- jurídica a partir del advenimiento del concepto normativo de culpabilidad. Cfr. al respecto PAWLIK, Michael; *Una teoría del estado de necesidad exculpante*, In Dret, Barcelona, octubre de 2015, p. 8.

<sup>42</sup> Cfr. BUSTOS RAMIREZ, Juan; *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 49.

efectivamente expresiva de un déficit de motivación leal al derecho que determine un reproche de culpabilidad.<sup>43</sup>

Por ello, la proposición fundamental a sostener es que, al margen del catálogo de normas de permisión y de liberación reconocidas como causas de justificación, no es dable reconocer razón alguna que pudiese revertir la antijuridicidad de un hecho consistente en la falta de omisión de una acción prohibida o en la falta de ejecución de una acción requerida bajo ese mismo sistema normativo. Las certeras palabras de MAÑALICH así lo expresan: “... tratándose de una situación de estado de necesidad que pueda llegar a satisfacer los presupuestos de una causa de exculpación, el ordenamiento jurídico no valida en modo alguno la razón que efectivamente explica el comportamiento del autor. Y si en tal caso existe un fundamento para la exclusión del reproche de culpabilidad por la falta de seguimiento de la norma, ese fundamento sólo podrá identificarse con una eventual renuncia (marginal) a la expectativa puesta en el ejercicio de la capacidad motivacional del destinatario de la norma en pos del seguimiento de ésta; esto es: con una renuncia marginal a la psicología esotérica que caracteriza al derecho (penal).”<sup>44</sup> De tal modo, encuentra fundamento la inexigibilidad de motivación leal al derecho en tales ámbitos de actuación, lo que es llevado hasta sus últimas consecuencias por RENZIKOWSKI cuando afirma, drásticamente, que en concreto lo que opera es una suspensión del deber de obediencia frente al Estado.<sup>45</sup>

En pertinente aquí dar cuenta de un tópico intensamente explorado por la filosofía práctica, constituido por el fenómeno de la debilidad de la voluntad denominado “acrasia”. Según DAVIDSON, “una acción acrásica tiene lugar en un contexto de conflicto; el agente acrásico tiene lo que él juzga como razones tanto a favor como en contra de un curso de acción. El juzga, sobre la base de todas sus razones, que un curso de acción es el mejor, pero opta por otro; él ha actuado en contra de su propio mejor juicio.”<sup>46</sup> En ese orden, la racionalización de una instancia de acrasia como una instancia de (relativa) irracionalidad práctica depende de que sea posible racionalizar el comportamiento del agente como motivado por una determinada razón, a pesar de que la misma no se encuentre respaldada por el mejor juicio práctico del propio agente.<sup>47</sup> Entonces, la medida de irracionalidad pasible de serle atribuida estará limitada por el hecho de que lo que explica tal comportamiento será dependiente de la identificación de una o más razones por las cuales el agente se haya comportado como de hecho se comportó, que en efecto no son las “mejores razones” de las cuales disponía, esto es, aquellas que el ordenamiento jurídico valida como normas vinculantes.<sup>48</sup>

---

<sup>43</sup> Véase MAÑALICH, Juan Pablo; *El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código penal chileno*, en Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 727. De otra opinión HRUSCHKA, Joachim (en *Strukturen der Zurechnung*, Walter de Gruyter, Berlin, 1976, pp. 43 y ss.) cuando observa que en los supuestos de estado de necesidad exculpante el agente se encuentra concretamente impedido de seguir la norma, no obstante ser capaz de ello.

<sup>44</sup> Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo; *El estado de necesidad exculpante...cit.*, p. 728.

<sup>45</sup> Véase RENZIKOWSKI, Joachim; *Entschuldigung im Notstand*, en *Jahrbuch für Recht und Ethik*, 11 (2003), p. 282.

<sup>46</sup> Así en DAVIDSON, Donald; *Problems of Rationality*, Clarendon Press, Oxford, 2004, p. 200.

<sup>47</sup> Véase MAÑALICH, Juan Pablo; *La exculpación...*, cit., p. 16.

<sup>48</sup> Así MAÑALICH, Juan Pablo; *La exculpación...*, cit., p. 20.

En definitiva, cabe entender que la delimitación de los presupuestos de una eventual exculpación por estado de necesidad contribuye a consolidar el concepto de persona que resultará validado, por vía de estandarización, como esquema de atribución de responsabilidad. A tales efectos, la capacidad de rendimiento de la noción jurídica de persona que propiciara HEGEL es notable: ser persona supone estar sujeto a la exigencia de ser persona y respetar a los demás como personas.<sup>49</sup> Por ello, es útil puntualizar la distinción que deja relevarse entre aquellos fundamentos referidos a la acción y al sistema de normas, y aquellos otros que remiten al concepto de persona. Las justificaciones “*sirven sólo indirectamente a una defensa frente a la atribución del concepto de persona caracterizado por una identidad desviada (...) Por el contrario, las exculpaciones (...) se refieren a aquellas razones que tienen que ver directamente con la persona actuante o con las circunstancias particulares en su incidencia sobre la persona actuante*”.<sup>50</sup> Así, lo decisivo en el juicio de exculpación será que el autor se encuentre, desde la óptica del derecho, en una situación en la cual de él ya no sea esperable una motivación “a la altura” del estatus excluyente de persona.<sup>51</sup>

En el presente caso, resulta evidente la pertenencia de la imputada a los estratos más desfavorecidos de nuestra sociedad, lo que repercutiría en la ausencia –en la terminología propiciada por DUFF- de una de las precondiciones del deber de obedecer al Derecho del Estado al ostentar el carácter de excluida.<sup>52</sup> Con tal soporte, SILVA SANCHEZ sostiene que es esencial efectuar un juicio jurídico-político sobre las pretensiones del Estado hacia sus ciudadanos, quienes podrían en efecto ser culpables pero, a partir de déficits institucionales de considerable relevancia, no ser llamados a responder por comportamientos que formalmente se inadecuen al derecho vigente.<sup>53</sup>

Es evidente que el abordaje del instituto transitado por PAWLIK, en efecto, jamás desembocaría en una solución exculpatoria en un caso como el aquí tratado. Así, siendo esencial para el catedrático de Friburgo que se excluya su invocación allí donde se contraponga lo que denomina la primacía de las instituciones, teniendo en mente un Estado garante de condiciones mínimas que posibiliten la existencia de las personas como sujetos -uno de cuyos paradigmas constituye la prestación de asistencia médica cuando es requerida-<sup>54</sup>, se le requeriría a cualquier ciudadano detenido frente a una norma de prohibición que se abstenga

---

<sup>49</sup> Cfr. HEGEL, Georg; *Grundlinien...*, cit., par. 36. Sostiene PAWLIK, en referencia a la obra de HEGEL, que las expectativas respecto de una persona se formulan allí desde la perspectiva de un *otro generalizado*; ellas concretan el mandato de limitación recíproca, que debe ser entendido como fundamento de la coexistencia entre esferas de libertad formalmente equiparadas. Así en PAWLIK, Michael; *Una teoría...*, cit., p. 14.

<sup>50</sup> Muy preciso GÜNTHER, Klaus; *Schuld und kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 2005, p. 205.

<sup>51</sup> Cfr. MAÑALICH, Juan Pablo; *La exculpación...*, cit., p. 23, con ulteriores referencias.

<sup>52</sup> Ver al respecto DUFF, Antony; *Law, Language and Community: Some Preconditions of Criminal Liability*, en *Oxford Journal of Legal Studies* (18), 1988, pp. 189 y ss.

<sup>53</sup> Así SILVA SANCHEZ, Jesús-María; *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p. 110. Postula también el profesor español que, en aquellos delitos que no impliquen riesgo para bienes personales, quienes solo con grandes limitaciones pueden ser denominados siquiera ciudadanos pasivos (pobres, inmigrantes, refugiados) deben recibir una pena tendencialmente más baja, hasta el punto de que en algunos casos debe excluirse la propia imposición o ejecución de la misma. Ver la obra citada, ps. 84-85.

<sup>54</sup> Cfr. PAWLIK, Michael; *Una teoría...*, cit., pp. 18 y ss.

de quebrantarla cada vez que ostente (tempestivamente) la posibilidad de acudir al Estado en busca de respuestas. El punto que permite, desde estas latitudes, controvertir tal parecer es que –en el caso- se está frente a una mujer cuya hija menor de edad debía hacerse un tratamiento quirúrgico reconstructivo en una de sus manos a raíz de una malformación, frente a lo cual la respuesta estatal venía presidida por catorce horas de viaje para acceder –meramente- a una consulta médica, con una potencial internación posterior signada por gastos periféricos que ella no estaba en condiciones de afrontar. Ante tal panorama, tuvo por probado la jueza Ledesma que la alternativa de atención privada insumía una erogación de entre cien y doscientos mil pesos, a lo que la imputada no podía hacer frente. Así, parece incuestionable que las respuestas que se brindan desde el Estado a la ciudadanía en Alemania y en Argentina son difícilmente equiparables; tal punto de partida debe ser, a todas luces, atendido por nuestra jurisprudencia.<sup>55</sup> Por lo demás, la exigencia del autor de que “*quien interviene debe poder explicar plausiblemente que el interés amenazado representa una condición de posibilidad fundamental de su proyecto de vida, esto es, que en caso de pérdida del bien, este proyecto de vida quedaría destruido o se deformaría de modo duradero*”<sup>56</sup> entiendo se acredita en el caso. Naturalmente, la protección de la integridad psicofísica de una menor para su madre es condición esencial para una vida libre de (algunas) perturbaciones, al no contribuir a una historia vital signada por todo tipo de carencias, traumas y desventajas.<sup>57</sup>

En suma, los requisitos de vital importancia para la configuración de un estado de necesidad que funja como causa de exculpación son, primeramente, que exista un peligro grave para bienes jurídicos de determinada entidad cuya salvaguarda haya efectivamente motivado el comportamiento del autor, lo que presupone su conocimiento de la situación de peligro. De tal manera, una situación en la que el seguimiento de la norma suponga una conculcación de bienes jurídicos fundamentales es una situación en la cual es correcto que el ordenamiento jurídico se muestre permeable a relativizar la hipótesis de fidelidad al derecho como disposición motivacional dominante del destinatario de la norma. También, resulta menester considerar la relación de proporcionalidad en que han de encontrarse el menoscabo del bien cuya salvaguarda ha de motivar el comportamiento del autor, por un lado, y el menoscabo del bien jurídico agredido en pos de la salvaguarda de aquél, por otro.<sup>58</sup>

En efecto, si se toma debidamente en consideración que existen ciertas relaciones personales que son parte sustancial de la existencia jurídica del autor, de modo que el peligro que corre una persona cercana puede fundamentar mediatamente una afectación para el mismo<sup>59</sup>, es

---

<sup>55</sup> En este sentido, es interesante la propuesta de *devolución* que realizan ZAFFARONI y CROXATTO, haciendo mención a la necesidad de adecuar las categorías dogmáticas de la finísima teoría del delito alemana a sociedades profundamente estratificadas como la nuestra, contribuyendo así a una ciencia jurídico - penal más universal. Ver al respecto ZAFFARONI, Eugenio – CROXATTO, Guido; *El pensamiento alemán en el derecho penal argentino*, en Rechtsgeschichte-Legal History, Max Planck Institut, 10/24, pp. 205 y ss.

<sup>56</sup> Así PAWLIK, Michael; *Una teoría...*, cit., p. 21.

<sup>57</sup> Cabe tener presente que, en el marco de la discusión alemana, TIMPE tiene por apropiada una reacción cuando “*la pérdida del bien en peligro eliminaría toda posibilidad de una organización de la vida conforme con las representaciones dominantes y generalmente aceptadas acerca de lo que es una vida feliz y exitosa*”. Cfr. TIMPE, Gerhard; *Grundfälle zum entschuldigenden Notstand (§ 35 I StGB) und zum Notwehrerzetz (§ 33 StGB)*, en Juristische Schulung (JuS), 1984, p. 864.

<sup>58</sup> Ver MAÑALICH, Juan Pablo; *El estado de necesidad exculpante...cit.*, pp. 730 y ss.

<sup>59</sup> Fundamental RENZIKOWSKI, Joachim; *Entschuldigung...cit.*, p. 282.

ostensible que el primer requisito se cumple acabadamente. El vínculo institucional entre padres e hijos constituye uno de los más sólidos fundamentos para el nacimiento de deberes especiales a partir de la necesidad de proteger ciertos derechos, en función del ya célebre “mundo en común” que se establece entre obligado y beneficiario.<sup>60</sup> Asimismo, y apartándome de lo resuelto por la magistrada, me inclino a creer –en lo concerniente al segundo de los requisitos mencionados- que la ponderación entre bienes jurídicos aquí tratada debe concluir en que, entre uno y otro, no existe (cuanto menos) una notable desproporción, exigiéndose aquí únicamente que el mal causado no sea sustancialmente superior que el que se evita. No debe perderse de vista que la regulación del instituto en nuestra normativa es sumamente elemental, muestra acabada de lo cual supone que el mismo no haya sido pasible de modificaciones desde su aparición en 1921, prescindiendo de los avances que el tópico registró en la doctrina.<sup>61</sup>

Finalmente, esgrimo que una solución como la aquí propiciada, al dejar intacta la antijuridicidad del hecho, registrando única incidencia en la exclusión de su imputación en el nivel de la constitución de la culpabilidad, disuelve la potencial colisión de razones de obligación a la que se aludiera en el apartado anterior. Por ello, sin hesitación alguna, se impone la exigencia del cumplimiento del deber por parte de la Gendarmería Nacional a la hora de neutralizar el peligro que todo transporte de estupefacientes conlleva para la salud pública. La respuesta estatal frente al comportamiento antinormativo (mas no imputable) de la enjuiciada habrá hallado- de este modo y no del modo postulado en la sentencia- una fundamentación dogmática plausible.

---

<sup>60</sup> Cfr. al respecto FALCONE, Roberto (h); *Una aproximación a los delitos de infracción de deber*, en Revista de Derecho penal y Criminología Thomson Reuters La Ley, año VIII, número 05, junio 2018, pp. 8 y ss., con múltiples referencias.

<sup>61</sup> ARTICULO 34.- No son punibles: (...) 2º. El que obrare violentado por (...) amenazas de sufrir un mal grave e inminente. Semejante economía en su regulación normativa, que lo acerca ostensiblemente a la coacción, ha llevado a que se hable en la doctrina argentina de la existencia de un estado de necesidad exculpante supralegal, con mayores requisitos que los allí consignados. Cfr. FALCONE, Andrés; *La intervención delictiva...*, cit., p. 282 (puntualmente nota 3).