

Justificación e inculpabilidad

A propósito de la reciente jurisprudencia de la Cámara Federal de Casación Penal

Tomás H. Charni, Fátima Nicastro¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Hechos; III.- La violencia de género como elemento común denominador; IV.- Inexigibilidad de otra conducta por la situación reductora de la autodeterminación; V.- El estado de necesidad justificante; VI.- Conclusiones.

RESUMEN: A partir de dos fallos dictados por la Cámara Federal de Casación penal, el artículo advierte sobre la necesidad de introducir elementos de la dogmática para dictar fallos que sean acordes a los compromisos internacionales asumidos en materia de género y juzgamiento de mujeres en casos de tráfico de estupefacientes a la vez que se logren investigaciones de calidad.

PALABRAS CLAVE: Estado de necesidad – estupefacientes - perspectiva de género – inculpabilidad.

I.- Introducción

El 5 de marzo de 2021 la Cámara Federal de Casación Penal, integrada de modo unipersonal por la doctora Ángela Ester Ledesma, resolvió rechazar la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la absolución de “M.R.” por el delito de transporte de material estupefaciente, que había sido

¹ **Tomás H. Charni:** Funcionario del Poder Judicial de la Nación. Magister en Derecho Penal por la Universidad Austral.
Fátima Nicastro: Funcionaria del Poder Judicial de la Nación.

dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy basada en la aplicación del estado de necesidad justificante².

A su vez, el 5 de abril del corriente año el citado tribunal, en este caso integrado de modo unipersonal por el doctor Diego G. Barroetaveña, resolvió hacer lugar a la impugnación deducida por la defensa oficial de B.A.R., y absolverla en orden al delito de transporte de material estupefaciente. Para así decidir, consideró que en el caso se presentó un supuesto de inculpabilidad³.

Los temperamentos mencionados, configuran sólo una muestra del cambio de paradigma adoptado por nuestra jurisprudencia nacional en punto a la interpretación del alcance de los diversos estratos de la teoría del delito de conformidad con los principios rectores que rigen la perspectiva de género⁴.

Bajo estos lineamientos, el presente trabajo se propone realizar un análisis comparativo de los resolutorios mencionados incorporando conceptos dogmáticos, diversos a los esgrimidos en las resoluciones bajo análisis, con el objeto de delimitar las razones que motivaron la utilización de una causa de justificación, por un lado, e inculpabilidad, por el otro, ante hechos delictivos de similares características.

II.- Hechos

a. En el primer caso referido, se encuadró la conducta de “M.R.” en el delito de transporte de estupefaciente. Se tuvo por probado que la imputada era la única fuente de sustento económico de su familia, compuesta por ella y sus dos hijos menores; que se encontraba en una situación económica desfavorable, sin

² Cámara Federal de Casación Penal, expediente n° FSA 12570/2019/10, registro interno n° 5/2021 caratulado “M.R. s/ audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)” de fecha 5 de marzo de 2021.

³ Cámara Federal de Casación Penal, expediente n° FSA 9861/2022/9, registro interno n° 21/2023 caratulado “R., B.A. s/ audiencia de sustanciación de impugnación” de fecha 5 de abril de 2023.

⁴ La CIDH ha entendido la perspectiva de género como un concepto que visibiliza la posición de desigualdad y subordinación estructural de las mujeres y niñas a los hombres, debido a su género, y como una herramienta clave para combatir la discriminación y la violencia contra las mujeres, así como contra las personas con diversidad sexual y de género, de conformidad con los estándares interamericanos en la materia. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Comunicado de Prensa No. 044/2018. En el Día Internacional de la Mujer, la CIDH exhorta a los Estados a abstenerse de adoptar medidas que signifiquen un retroceso en el respeto y garantía de los derechos de las mujeres, 8 de marzo de 2018.

cobertura médica y escasos ingresos; que fue víctima de violencia física y psicológica de gravedad por parte de su pareja durante seis años, situación que persistió en el aspecto psicológico y económico al momento de los hechos, y que su hija de dos años de edad, que padeció una malformación congénita en su mano izquierda, debió recibir una cirugía reconstructiva urgente.

Frente a esta coyuntura, se tuvo por acreditado que la mujer recurrió al transporte de droga por no contar con otros medios menos lesivos para salvaguardar la vida e integridad psicofísica de su hija.

Así, la doctora Ledesma apuntó que “M.R.” motivó su comportamiento en el hecho de que su hija necesitó ser operada con urgencia y que la operación tenía un valor de 100.000 a 200.000 pesos, lo que le era imposible afrontar debido a su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, la magistrada expresó que no cabían dudas de la existencia de un mal inminente a cuya merced se encontraba.

Agregó que en el hecho se evaluó la situación de una mujer que estuvo 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, producto de las ocasionales y precarias actividades laborales a las que pudo acceder, además de no tener sus estudios secundarios completos. En esa tesitura, es que debió afrontar con carácter urgente la cirugía que el médico le prescribió a su hija.

Por ello, concluyó que las especiales condiciones de vida de “M.R.” constatadas en la sentencia producto de la situación de violencia y vulnerabilidad económica que padeció, así como la ausencia de posibilidades para acceder a un trabajo mejor remunerado, redujeron sus posibilidades de elección para actuar conforme a derecho, por lo que encuadró su accionar en un supuesto de estado de necesidad justificante, en los términos del artículo 34 inciso 3 del Código Penal.

b. En el restante caso, también se encuadró la conducta de “B.A.R” en el delito de transporte de estupefaciente. Se tuvo por acreditado que la encausada resultó ser una mujer joven y única referente parental de sus tres hijos menores de edad, de siete y tres años, con quienes convivía en una vivienda de condiciones extremadamente precarias -una única habitación de techo de chapa y piso de cemento, sin servicios de luz, agua potable, cloaca ni instalaciones de baño-.

A su vez, se tuvo por probado que la nombrada era el único sustento económico de su hogar y que careció de trabajo formal alguno ni familia de contención.

Se detalló que a los doce años de edad y a instancias de su progenitora inició una relación afectiva con un hombre mayor que ella, con quien se le impuso convivir y, en ese contexto, resultó víctima de abusos sexuales.

Sumado a ello, se indicó que durante los primeros años de su adolescencia, luego de ser expulsada del domicilio familiar por su progenitora, transitó la situación de calle, ámbito en el cual cayó en la prostitución como medio de subsistencia. A los trece años de edad ocurrió su primer embarazo, producto de una relación que mantuvo con un hombre veinticinco años mayor que ella, con quien convivió un tiempo exiguo hasta que fue abandonada por éste y regresó a vivir con su madre, quien se encontraba enferma.

Luego, cuando su primogénito contaba con un año de edad conoció a “F.F.”, con quien mantuvo un noviazgo de cinco años de duración, relación de la cual, a sus dieciocho años, nacieron sus hijos mellizos, de tres años de edad al momento de la sentencia.

Se mencionó que nuevamente fue víctima de violencia por parte de su pareja y que en el año 2020 fue abandonada por el progenitor de sus hijos menores.

Bajo estos lineamientos, el magistrado Diego G. Barroetaveña, consideró que en el caso se presentó un estado de necesidad que disculpo la conducta desarrollada por “B.A.R” y neutralizó el reproche del injusto en los términos del artículo 34, inciso 2 del Código Penal.

III.- La violencia de género como elemento común denominador

Ambos temperamentos encontraron sustento a partir de un enfoque integrador que incluyó la perspectiva de género. A continuación, reeditaremos aquellos apartados que consideramos de mayor relevancia a la hora de expedirse sobre el punto.

En primer lugar, se indicó que la obligación de resolver bajo una perspectiva de género surge a partir de los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino al ratificar: I) la Convención Interamericana de Derechos Humanos; II) la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; III) la Convención Interamericana para Prevenir,

Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención Belem do Pará” y la ley 26.485 “De protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales”.

Así, se concluyó que aquellas normas imponen el deber de facilitar el acceso a la justicia de las mujeres, evitar su revictimización, garantizar la asistencia a las mujeres víctimas de violencia, además de prevenir, investigar y sancionar la violencia contra aquellas.

En segundo lugar, se recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que *“(t)oda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos [...] no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre”*⁵.

Bajo estos parámetros, se mencionó que aún cuando se encuentren acusadas de delitos, las mujeres son sujetos de protección especial y merecen acceso a la justicia bajo los principios de igualdad y no discriminación.

En ese sentido, se recordó que la Recomendación General n° 33 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su párrafo 14.d) indica que *“(L)a buena calidad de los sistemas de justicia requiere que todos los componentes del sistema se ajusten a las normas internacionales de competencia, eficiencia, independencia e imparcialidad y provean, de manera oportuna, recursos apropiados y efectivos que se ejecuten y den lugar a una resolución sostenible de la controversia que tengan en cuenta las cuestiones de género para todas las mujeres. Requiere también que los sistemas de justicia se enmarquen en un contexto, sean dinámicos [...], sensibles a las cuestiones de género [...]”*.

En tercer lugar, se mencionó que aquellos principios rectores fueron cristalizados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los últimos años en diferentes precedentes⁶ y, más recientemente, en el caso “Martel, Osvaldo Benito y otros s/ averiguación de delito”, donde el alto Tribunal sostuvo que *“(e)l juzgamiento de los hechos imputados debe necesariamente efectuarse con perspectiva de género, aspecto que resulta de*

⁵ Corte IDH, “Furlan vs. Argentina”, sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 134

⁶ Fallos 334:1204 y 336:392.

obligatoria consideración en virtud de los compromisos internacionales asumidos por nuestro país, conforme a lo establecido en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer – ‘Convención de Belem do Pará’–, de la cual Argentina es signataria desde 1996, circunstancia que impone a la judicatura a resolver bajo esa perspectiva”⁷.

Puntualmente, la doctora Ángela Ester Ledesma, indicó que *“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”*.

A su vez, agregó que *“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”*.

Por su parte, el doctor Diego G. Barroetaveña puntualizó que *“(...) tomando en consideración las condiciones y circunstancias de vida de B.A.R., no caben dudas de que nos encontramos ante una persona que ha transitado su breve trayectoria de vida en un contexto de gran vulnerabilidad —socioafectiva, psíquica, económica, laboral y de violencia de género— que claramente influyó para que aquélla se haya involucrado en una actividad ilícita como salida para procurar una mejora habitacional en resguardo de la salud física de sus hijos pequeños, tal como se alega”*.

En conclusión, ambos/as magistrados/as sustentaron sus temperamentos en los contextos de violencia de género en que se encontraron inmersas las encausadas. Consideraron que esta circunstancia afectó el grado de autodeterminación que tuvieron aquellas al momento de cometer la conducta típica. No obstante, discreparon en torno a la solución del caso. En el primero, se optó por la aplicación del artículo 34 inciso 3 del Código Penal argentino, esto es, lo que la doctrina unánimemente reputa como la regulación del estado de necesidad justificante, mientras que en el restante se optó por la aplicación del estado de necesidad exculpante, previsto en el artículo 34, inciso 2 del citado cuerpo normativo.

⁷ Fallos 345:298.

A continuación, desarrollaremos cada uno de estos supuestos para luego expedirnos en favor de la justificación que mejor se adecua a los casos.

IV.- El estado de necesidad justificante

Tal como fuera referenciado, en el caso la doctora Angela Ester Ledesma aplicó esta causa de justificación para rechazar la impugnación deducida por el Ministerio Público Fiscal y confirmar la absolución de “M.R.” dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy.

Para ello, consideró que la acción típica achacada a la imputada –transporte de material estupefaciente– colisionó con una de las causas que eliminan la imputación de primer nivel, esto es, las llamadas causas de justificación. En otros términos, a la luz del temperamento bajo comentario, pese a que la autora realizó el tipo penal, este no resultó antijurídico por encontrarse justificado.

Sobre el punto, Mir Puig expresó que: “El primer requisito de la antijuricidad penal es la tipicidad penal. Un hecho es penalmente típico cuando se halla previsto por la ley como constitutivo de una especie o figura (tipo) de delito, como el asesinato, el robo, la estafa, la falsificación de documento público, etcétera. Ello asegura la relevancia penal del posible hecho antijurídico, pues no todo hecho antijurídico tiene carácter penal, sino sólo los que realizan un tipo de delito (...) Todo tipo penal exige una acción o comportamiento humano. El Derecho Penal en un Estado Social y Democrático de Derecho sólo puede tratar legítimamente de evitar lesiones de bienes jurídico-penales mediante valoraciones y normas. Las valoraciones jurídico-penales pueden empezar por extenderse a resultados nocivos en la medida en que ello pueda servir de punto de partida para la desvaloración y, en su caso, prohibición de las conductas humanas que pueden producir tales resultados. Sólo cabe desvalorar como penalmente antijurídicas las lesiones o puestas en peligro de bienes jurídicos penales que sean imputables a un comportamiento humano, porque sólo éste puede ser prohibido a alguien por una norma que se dirija a sus destinatarios tratando de determinarlos en contra del delito. Aunque la doctrina discute sobre el contenido de ese concepto, existe acuerdo en que la conducta humana requiere una determinada voluntad”⁸.

“El segundo requisito de la antijuricidad penal es la ausencia de causas de justificación. El hecho de realizar un tipo penal (por ej.: un homicidio) no es

⁸ MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte general, cuarta edición, PPU, Barcelona, 1996, ps. 121- 122.

antijurídico cuando se efectúa bajo el amparo de una causa de justificación. Son causas de justificación previstas en el Código Penal español la legítima defensa, estado de necesidad, el ejercicio de un derecho y el cumplimiento de un deber”⁹.

Stratenwerth agrega que “A primera vista, hay un uso lingüístico confuso cuando, bajo el título de antijuricidad, se trata precisamente de su exclusión. Pero se debe ser consciente de que ya en la tipicidad se trata sustancialmente de la antijuricidad, justamente de aquellos elementos que hacen aparecer la conducta como transgresión a una norma asegurada penalmente y, por ello, como antijurídica, en tanto no interfiera un precepto permisivo especial. Por lo tanto, las circunstancias que determinan el ilícito se reparten entre los niveles valorativos del tipo y la ‘antijuricidad’. La antijuricidad misma es, en cierta medida, sólo el resumen de la tipicidad, y la falta de causas de justificación [como en el caso el estado de necesidad] actúa, justamente por ello, antijurídicamente. Respecto a la determinación de la situación de hecho descrita por tipos y causas de justificación, el juicio sobre la antijuricidad no significa ninguna valoración autónoma más, en la que todavía quedase algún margen. Se registra sólo un resultado que surge, en el caso concreto, del juego en común entre norma prohibitiva y precepto permisivo”¹⁰.

Maurach y Zipf expresan el problema de la siguiente forma: “aquello que tradicionalmente recibe el nombre de teoría de la antijuricidad es, en realidad, gracias a la moderna técnica de tipificación, lo puesto a una búsqueda de los fundamentos y de los elementos que permite reconocer la ilicitud de una conducta declarada como punible; en la práctica la teoría de la antijuricidad es una teoría de la juridicidad, más precisamente, de aquellas circunstancias de hecho que, no obstante cumplir un tipo, en el caso particular no son antijurídicas y que, por ello, pasan a ser penalmente irrelevantes”¹¹.

Dentro de este ámbito, encontramos el instituto utilizado por el Tribunal Casatorio para dar respuesta al conflicto fáctico planteado, este es, el estado de necesidad justificante, ubicado en aquellas situaciones en las que “existe para un

⁹ Ídem, ps. 122-123.

¹⁰ STRATENWERTH, Günter, El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad, ps. 131-133 citado en DONNA, Edgardo Alberto, Derecho Penal. Parte General, tomo III, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 9.

¹¹ MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz, Derecho penal. Parte General. I. Teoría General del Derecho Penal y estructura del hecho punible. Traducción de la 7ª edición alemana por Jorge Bofil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, ps. 414-415.

bien jurídico un peligro real presente y por el cual es permitido afectar a otro bien jurídico, cuando el peligro no puede evitarse de otra manera y que el interés que sea protegido predomine por sobre el que es afectado”¹².

Este se encuentra previsto en el inciso 3° del artículo 34 del Código Penal: “No son punibles (...) El que causare un mal por evitar otro mayor e inminente a que ha sido extraño”. Con esta fórmula quedan fuera de la suposición legal aquellos casos en que los bienes jurídicos resulten de igual valor, lo que posibilita que podamos afirmar que existen dos tipos de estados de necesidad. El estado de necesidad que exige un conflicto de males desiguales y el estado de necesidad previsto cuando el conflicto resulta entre males equivalentes.

Se prevé un supuesto en el cual el sujeto activo se encuentra en una situación de necesidad en la que el conflicto fáctico le impone una elección. Salvar un interés mayor, sacrificando el menor, en una situación no provocada de conflicto extremo.

La normativa se vale del término “mal”, identificado mayormente por la doctrina como un bien jurídico. La norma establece que aquel debe ser “menor” que el que se quiere evitar.

Partimos de la base de que el “mal” menor se individualiza mediante una cuantificación que responde fundamentalmente a la jerarquía de los bienes jurídicos en juego y a la cuantía de la lesión amenazada a cada uno de ellos. La jerarquía de los bienes en abstracto nos la proporciona la tabulación de la parte especial, pero la magnitud de la afectación a cada uno de ellos debemos determinarla en cada caso atendiendo a la extensión concreta del daño o peligro. Si bien el mal amenazado siempre debe ser inminente, lo cierto es que hay grados de proximidad del peligro que también pueden tomarse en cuenta; asimismo, puede considerarse objetivamente la afectación en relación con las condiciones personales de los titulares¹³.

Tal como se adelantó, en el caso la magistrada entendió que la situación de necesidad se configuró a partir de la imposibilidad de la imputada de hacer frente a la cirugía que el médico le había prescrito a su hija, sumado a la presión que recayó sobre ella por ser el principal sostén económico y emocional de su familia. A su vez, mencionó que, sin perjuicio de la trascendencia que representa la

¹² HIRSCH, Leipzer Kommentar, citado en DONNA, ob. cit., p. 268.

¹³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de derecho penal, Ediar, sexta edición, Buenos Aires, 2006, p. 502.

comercialización de material estupefaciente, en el supuesto bajo estudio la mujer actuó como mula o correo humano lo que implicó una menor transgresión al bien jurídico tutelado.

V.- Inexigibilidad de otra conducta por la situación reductora de la autodeterminación

En el segundo supuesto, el doctor Diego G. Barroetaveña consideró que en el caso se presentó un supuesto concreto de inculpabilidad. Entendió que todos los condicionamientos de vida de la imputada -pretéritos y coetáneos al hecho- la colocaron en una situación equivalente al estado de necesidad disculpante en el que se tornó inexigible una conducta conforme a derecho.

Argumentó en tal sentido que, las circunstancias personales de B.A.R., permitieron, a través de un enfoque interseccional, arribar a la conclusión de que la opción por lo ilícito obedeció a una creencia –fundada en su historia vital- que la llevó a entender que aquella era la única opción viable o pasible para brindarle a sus niños condiciones de higiene mínimas para evitar males mayores a su salud.

Bajo estos parámetros mencionó que al encontrarse la imputada en un ámbito de autodeterminación tan restringido no era posible recriminarle su injusto.

Para ello, memoró que “[s]egún la opinión dominante en el derecho argentino (l) a inculpabilidad encuentra fundamento en la concurrencia de un menoscabo anormal de la libre determinación de la voluntad del autor, originado en un contexto caracterizado por circunstancias especiales. Se verificaría en el estado de necesidad disculpante, la doble disminución del injusto y de la culpabilidad por el hecho, ya que 1) la legitimidad del fin perseguido incide sobre el desvalor de acción, pues el autor ha obrado para conjugar un peligro; 2) desde que se verifica un bien salvado, eso influye sobre el desvalor del resultado; 3) el contenido de culpabilidad por el hecho es menor, pues aunque la situación extraordinaria no excluye la autodeterminación conforme a la norma, la dificulta esencialmente; y 4) tampoco la acción refleja una censurable actitud del autor ante el orden jurídico, pues no es asimilable a la concurrencia de circunstancias normales. Consecuentemente, pese a que el injusto y la culpabilidad no resultan excluidos sino disminuidos, debe renunciarse al reproche de esta última”¹⁴.

La reducción de la autodeterminación es el elemento sustancial que fundamenta este estado de necesidad, lo que deriva en una neutralización de la posibilidad de reproche. Esta variante, tiene lugar cuando entran en conflicto males

¹⁴ RIGHI, Esteban, *Derecho Penal, Parte General*, primera edición, segunda reimpresión. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, pags. 344/345.

equivalentes o cuando se sacrifica el bien mayor, conforme se desprende del inciso segundo del artículo 34 del Código Penal.

El artículo en cuestión es notablemente amplio y solo establece como requisitos obrar violentado frente la amenaza de sufrir un mal grave e inminente. Sobre el punto se ha indicado que “Tampoco exige la exacta equivalencia de males para amparar al sujeto, lo cual indica que el criterio es la magnitud de la reducción de la autodeterminación que, como siempre, debe valorarse en relación con el injusto de que se trate”¹⁵.

En todos los supuestos de estado de necesidad exculpante, el injusto cometido debe ser una necesidad, es decir, deben ser supuestos en que no se pueda exigir jurídicamente al autor que realice otra conducta menos lesiva.

Bustos Ramírez expresó al definir la noción de inexigibilidad 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”¹⁶.

Frente a ese panorama, debemos preguntarnos si ante el hecho de que una persona se halle en un contexto de peligro actual o inminente para determinados bienes jurídicos de suma relevancia, resulta posible exigirle aquella capacidad de motivación ante la norma.

Mañalich expresa en este punto que “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 el caso existe un fundamento para la exclusión del reproche de culpabilidad por la falta de seguimiento de la norma, ese fundamento solo 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 esta; esto es:

¹⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, ALAGIA, Alejandro y SLOKAR, Alejandro. Manual de derecho penal. Parte general. Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 588.

¹⁶ BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, PPU, Barcelona, 1987, p. 49.

con una renuncia marginal a la psicología esotérica que caracteriza al derecho (penal)”¹⁷.

Las exculpaciones, “se refieren a aquellas razones que tienen que ver directamente con la persona actuante o con la circunstancias particulares en su incidencia sobre la persona actuante”¹⁸.

Silva Sánchez, sostiene que es esencial efectuar un juicio jurídico-político sobre las pretensiones del Estado hacia sus ciudadanos, quienes podría 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 vigente¹⁹.

Así, deben ser requisitos necesarios para la configuración de un estado necesidad exculpante, 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 aquel, por otro²⁰.

Para que opere la necesidad exculpante debe haber un peligro para un bien jurídico. “La ley no limita lo bienes jurídicos que pueden estar en peligro para que tenga lugar la inculpabilidad, como ocurre en otras legislaciones. El mal grave e inminente puede provenir de cualquier fuente y amenazar a cualquier bien jurídico.

¹⁷ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 no. 11 del Código Penal chileno*. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/122681>, 2013, p. 728.

¹⁸ GÜNTHER, Klaus, *Schuld und kommunikative Freiheit*, Klostermann, Vittorio, Frankfurt am Main, 2005, p. 205. Citado en FALCONE (h), Roberto, “El estado de necesidad en la Cámara Federal de Casación Penal: apuntes para la formulación de una objeción”, La Ley AR/DOC/2156/2021.

¹⁹ SÁNCHEZ, SILVA, Jesús María, *Malum passionis: mitigar el dolor del derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, p.110.

²⁰ MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, *El estado de necesidad exculpante...*, *ob. cit.*, pp.730 y ss.

El código opta por limitar el material salvable atendiendo a la gravedad del mal y no a los bienes jurídicos en particular, por lo cual establece que el mal debe ser grave, porque resultaría irracional exculpar injustos contra inocente para evitar males menores aunque no sean insignificantes”²¹.

Llevados estos conceptos al caso bajo estudio, cabe expresar que 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 él, es 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 “mundo en común” que se establece entre obligado y beneficiario²².

En punto a la ponderación de bienes en conflicto, no se advierte una nítida diferenciación que nos permita otorgarle mayor valor a uno por sobre el otro, exigiéndose aquí únicamente que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita.

VI.- Conclusiones

Los temperamentos adoptados por la Cámara Federal de Casación Penal en los casos “M.R. s/ audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)” y “R., B.A. s/ audiencia de sustanciación de impugnación” representaron una novedosa aplicación sobre los requisitos que rodean al estado de necesidad justificante y exculpante basados en la aplicación de la perspectiva de género como elemento interpretativo a la hora de establecer el alcance de los males en pugna.

Sin embargo, la ponderación de los bienes jurídicos en juego, o la entidad de los males (el que se causa y el que se pretende evitar), a los fines de evaluar el tipo de estado de necesidad que opera en el caso resulta una tarea sumamente ardua para el operador judicial.

En los casos bajo análisis, se presentaron supuestos de ponderación –salud psicofísica de menores por un lado y salud pública por el otro– cuya mayor o menor entidad resulta controvertida y de compleja determinación.

²¹ ZAFFARONI, *op.cit.*, p. 588.

²² FALCONE (h), Roberto, “El estado de necesidad...”, *ob. cit.*, y las citas allí mencionadas.

Sobre el punto, el magistrado Diego G. Barroetaveña, mencionó en el caso que frente a esta disyuntiva “resulta prudente y más adecuado considerar configurado el injusto penal y valorar las circunstancias personales que rodearon al hecho en el estrato de la teoría del delito en el que corresponde vincular el injusto a su autor, es decir, en la culpabilidad”.

Falcone, siguiendo esta línea incorpora un elemento interesante al momento de inclinarse por la aplicación de este supuesto de inculpabilidad. Menciona que, “al dejar intacta la antijuricidad 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 [entre las que podría enfrentarse el organismo de prevención en punto al material estupefaciente secuestrado]. Por ello, sin hesitación alguna, se impone la eximente del cumplimiento del deber por parte de la Gendarmería Nacional a la hora de neutralizar el peligro que todo transporte de estupefaciente conlleva para la salud pública. La respuesta estatal frente al comportamiento anti normativo (mas no imputable) de la enjuiciada habrá hallado –de este modo y no del postulado en la sentencia– una fundamentación dogmática plausible”²³.

Entendemos que, al resolver cuestiones como las traídas a estudio, podemos inclinarnos por uno u otro supuesto –estado de necesidad justificante o inculpabilidad–. Pero, además, debe considerarse que la decisión que se tome conlleva distintas consecuencias jurídicas vinculadas con la eventual participación –entendida como el aporte doloso a un injusto doloso ajeno, hecho en la forma de instigación o de complicidad– de otras personas en el hecho imputado.

Así, en el primer caso, si una persona coopera con quien realiza una conducta típica pero que no resulta ser antijurídica por –como en este caso– mediar una causa de justificación, no puede imputársele la participación en el hecho.

En el segundo caso, en cambio, se requiere la presencia accesoria de una conducta típica y antijurídica, con lo cual la culpabilidad de quien coopera en el hecho puede ser evaluada independientemente, pues la culpabilidad analiza a la persona y su responsabilidad en la acción realizada.

En conclusión, consideramos necesario introducir estos elementos dogmáticos a la hora de definir la presencia de un injusto penal, máxime al momento de juzgar supuestos en los que se investiga el transporte de

²³ *Idem.*

estupefacientes mediante el empleo de personas, denominadas coloquialmente como mulas, que representan el último eslabón de grandes organizaciones criminales dedicadas al narcotráfico.

Nos inclinamos por sostener que la postura adoptada en el marco del expediente FSA 9861/2022/9 de la Cámara Federal de Casación Penal -antes citado- puede favorecer la investigación de estas estructuras organizativas destinadas a la narcocriminalidad, habida cuenta que de tal forma no se descartaría de pleno, la presencia de un tipo de participación criminal.