

EL EXTRAÑO EN EL ESTADO DE NECESIDAD JUSTIFICANTE

Facundo Emmanuel Hertler ¹**Resumen**

El presente artículo aborda el análisis profundizado de un elemento clave para la invocación del llamado estado de necesidad justificante en tanto causa de justificación, que excluye el injusto penal: “ser extraño”. En este sentido, se aprecia su importancia por las consecuencias que produce en la estructura estatificada del delito, vinculándola incluso con las llamadas fuentes de deber, provenientes de la teoría de las funciones de Armin Kaufmann. Se realizó un estudio de carácter normativo, doctrinario y jurisprudencial de la figura en trato, en pos de obtener respuestas claras para su correcto empleo en un Estado de derecho.

Palabras claves:

Extraño/Garante/Justificación/Antijuridicidad/Culpabilidad

Abstract

This article addresses a deep analysis of a key element for the invocation of the so called state of justifying necessity, as a cause of justification that excludes the criminal wrong: “being a stranger”. In this sense, its importance is appreciated by the consequences that it produces in the stratified structure of the crime, linking it even with the so called sources of duty, originating from Armin Kaufmann's theory of functions. A normative, doctrinal and jurisprudential study of the figure was carried out in order to obtain clear answers for its correct use in a State of law.

Key Words:

Stranger/Guarantor/Justification/Unlawfulness/Guilt

Sumario: I.- Consideraciones iniciales. II.- Sobre la naturaleza y alcance de la extrañeza. III.- Ser o no ser extraño: una remisión a las fuentes de deber. IV.- La extrañeza en la jurisprudencia argentina. V.- Conclusiones. VI.- Bibliografía.

I.- Consideraciones iniciales.

El estado de necesidad justificante es considerado por la doctrina penal como una clase de “*causa de justificación*” o “*permiso*”. Las causas de justificación tienen la virtualidad de excluir la existencia de delito por ausencia de antijuridicidad en el hecho (*Rechtswidrigkeit*).

Es así que una conducta humana (*Handlung*) puede ser declarada como *típica* (*Tatbestand*) al encuadrar en un precepto de la ley penal. Sin embargo, puede ocurrir que, a pesar de la antinormatividad penal de la conducta, la misma se ajuste a derecho (y por ende no ser antijurídica) por la incidencia de un permiso legal en determinados casos (*Erlaubnis*). Esto tiene por efecto eliminar toda clase de persecución estatal o privada, en razón de una autorización para la ejecución del hecho concreto, proveniente del orden jurídico.

¹Facundo Emmanuel Hertler, Magister en Ciencias Penales por la Universidad Nacional del Nordeste (UNNE). Profesor Adjunto (UCP). Derecho Penal I (parte I y II). Carrera de Abogacía. Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Sede regional Sáenz Peña, Chaco. facundohertler@gmail.com

En este sentido, la conducta no alcanzará a ser siquiera un injusto (*unrecht*), librando así a quien se encuentre en la situación planteada de toda responsabilidad, tanto penal como extrapenal.

En razón de lo anteriormente dicho, se advierte la importancia de estas categorías en el marco del derecho penal (concretamente la teoría del delito), sobre todo cuando estas se aplican a la praxis judicial cotidiana, donde es vital determinar con precisión el significado, alcance y consecuencias de las mismas, en aras de alcanzar sentencias más racionales y justas.

El estado de necesidad justificante en cuanto permiso se encuentra consagrada en art. 34 inc. 3 del Código Penal Argentino. El mismo prevé lo siguiente: “...*No son punibles...El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño...*”. En el presente artículo analizaremos este último fragmento de la cita normativa de la causa de justificación en trato, a fin de definir cuales son los supuestos abarcados por el concepto de extrañeza en el estado

de necesidad, analizando las posiciones doctrinarias nacionales y, por último, revisando los antecedentes jurisprudenciales argentinos referidos al tema en discusión.

II.- Sobre la naturaleza y alcance de la extrañeza.

Como ya hemos adelantado en el punto anterior, la normativa en trato (34. Inc. 3º del CPA) exige como uno de los elementos centrales para la justificación que el autor haya “...*sido extraño...*” a la situación de necesidad que busca evitar. Esta expresión ha llevado a serias discusiones en doctrina, en la determinación de su naturaleza y alcance.

De acuerdo con la definición de la Real Academia Española, el adjetivo “*extraño*” hace alusión a un sujeto “...*que no tiene parte en algo...*”¹. Esta expresión podría traducirse en la no participación (no tomar parte) del autor en la situación de necesidad. La claridad en la formulación del texto legal vigente ha sido solo aparente, pues ha sido entendida en forma diversa por los juristas argentinos.

Es importante mencionar que el dato de extrañeza no hace alusión a un mero dato humano ausente en su finalidad como podría plantearlo el causalismo penal, siendo necesario que exista como mínimo una acción humana consciente y voluntaria dirigida a la realización concreta de determinados objetivos planteados *a priori* por el agente. En este sentido, no puede considerarse como “*no extraño*” al dueño de un bazar que ha vendido un cuchillo de cocina a quien con posterioridad lo utilice para matar a su enemigo, en razón de no tener idea de los motivos de la compra (presumiendo incluso que se utilizará para su función primordial cual es cocinar). Esta determinación previa es necesaria como primer filtro para afirmar la extrañeza del sujeto, evitando la aplicación de las llamadas “*acciones libera in causa*”, debiendo analizar y diferenciar cada fase del hecho determinando en cada momento la existencia de culpabilidad en sentido amplio, exigiéndose para la atribución delictiva un mínimo de previsibilidad de las consecuencias del proceder humano. Mencionamos en este punto el ejemplo de Zaffaroni: “...*Nadie puede sostener seriamente que quien se sienta en una taberna y comienza a beber, realiza con ello un ‘comienzo de ejecución de homicidio’, por mucho que sea su ánimo de embriagarse para matar a otro, ni tampoco puede afirmarse que la conducta de yacer con una mujer casada sea el comienzo de ejecución de un homicidio, por mucho que sea el animo del codelincuente de la adúltera de que el marido le sorprenda y le ponga en situación de tener que matarle para salvar su vida...*”. Resoluciones de este estilo atentan el principio de culpabilidad en sentido amplio (arts. 18, 33 y 75 inc. 22 CN; art. 8.2 CADH, art. 14.2 PIDCP), pues aplica criterios de responsabilidad

¹ <https://dle.rae.es/extraño>. Último ingreso: 13/12/2020 a las 10:00 hs.

objetiva o presunciones basadas en cuestiones personales del autor que distan de lo que *haya hecho o dejado de hacer* en el caso concreto.

En un primer lugar, Podemos mencionar el pensamiento de Soler, quien consideraba que ser extraño implicaba que el sujeto no haya creado la situación de necesidad por su culpa, importando como mínimo la posibilidad de haberse representado las consecuencias de su proceder: *“...La misma restricción puede provenir de la propia conducta del necesitado, al cual la ley le exige que “haya sido extraño” al mal que le amenaza, es decir, que no haya dado, por su culpa, nacimiento a la situación de peligro...Lo decisivo no es aquí que sea dolosa o culposa la situación del sujeto, sino que sea representado o representable el estado de necesidad en que aquel se hallaría ulteriormente...”*². Por otra parte, Núñez entiende que solo será extraño quien intencionalmente ha creado la situación de necesidad: *“...No requiere que el autor no haya tenido parte alguna en la producción del mal inminente. Puede haber sido su causa material y ser, sin embargo, extraño al mismo según el concepto legal, como lo es quien por negligencia o imprudencia, al manejar un aparato, origina el incendio cuyo curso, para salvarse destruye cosas ajenas...Lo que vuelve propio del autor y reprochable el mal inminente, es sólo la atribuibilidad de éste a su intencionalidad; esto es, su provocación consciente por el autor...”*³.

Esta solución se ajusta a lo expresamente establecido en el Código Penal Español, el cual en su art. 20 inc. 5 indica: *“... El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos...Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto...”*.

En la legislación alemana, el § 34 StGB (Rechtfertigender Notstand) no indica expresamente el dato de extrañeza que exige nuestra normativa nacional, exigiendo (además de la ponderación de bienes) que no sea evitable por otro modo y siempre que el acto cometido sea apropiado para evitar el peligro. Roxin resalta cuál es la posición de la doctrina mayoritaria en Alemania, acompañando la línea manifestada expresamente en el código penal español, mediante un razonamiento inverso. En otras palabras, como no lo indica expresamente la ley, el autor que provocó la situación de necesidad puede justificar su proceder conforme el § 34: *“...Actualmente es unánime la opinión que mantiene que la provocación culpable de la situación de necesidad no excluye la posibilidad de invocar el § 34. En la doctrina antigua, siguiendo el riguroso lema de Binding: “quien se haya puesto en peligro, que perezca en el mismo”, frecuentemente se negaba cualquier posibilidad de justificación si el estado de necesidad era provocado. Pero ya el RG, en su fundamental sentencia sobre el estado de necesidad supralegal (RGSt 61, 242, 255), había admitido la justificación incluso en caso de provocación de la situación de necesidad, argumentando que, a diferencia del estado de necesidad disculpante (hoy: § 35), en los casos ya regulados entonces legalmente en los §§ 228 y 904 BGB se había prescindido de la falta de provocación de la situación de necesidad. Y el nuevo § 34, a diferencia del § 35, tampoco contiene el requisito de la falta de provocación...”*⁴. A pesar de estos argumentos, se sigue la idea de que si la intervención creadora de la situación de necesidad es intencional, no se podrá invocar el permiso para justificar el acto lesivo: *“...Concretamente, tendrá una importancia determinante en el caso de la “provocación intencional”: así, quien premeditadamente se ponga en una situación de estado de necesidad para poder librarse de ella a costa de otros, no actúa justificadamente aunque sus intereses fueran al margen de ello sustancialmente preponderantes. Por lo demás hay que distinguir además según que el autor sólo haya provocado culpablemente su propia puesta en peligro o que también haya podido prever ya de antemano la necesidad de tener que librarse del peligro mediante una ingerencia en bienes jurídicos ajenos; a efectos de ponderación, el segundo caso pesa más que el primero*

² SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. 5ta Edición. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1987. p. 465/466.

³ NUNEZ, Ricardo C. Derecho Penal Argentina. Tomo I. Omeba. Buenos Aires. 1959. p.332/334

⁴ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Civitas. 1997. P. 697.

en contra del sujeto que obra en estado de necesidad. En cambio, la provocación culpable por parte de quien actúa en estado de necesidad no constituye un punto de vista relevante para la ponderación cuando el sujeto pone en peligro a otro no implicado y a continuación lo salva a costa de otro tercero no implicado; pues de la provocación del salvador no puede derivarse ningún perjuicio para el sujeto puesto en peligro... ”⁵.

Pese a que en Europa se dan las condiciones para conceder al autor de mayores espacios de libertad, encontrando en la legislación puntos de apoyo para los argumentos expuestos, ello no podría ser de aplicación en nuestro país, pese a los intentos de Núñez en sostener lo contrario. Ello se debe a la expresa mención del texto legal argentino, exigiendo que el autor sea extraño a la situación de necesidad.

Por tal motivo, lejos de encontrar una respuesta convincente, la discusión sobre la naturaleza y alcance de la extrañeza en el estado de necesidad justificante sigue vigente al presente en nuestro país.

Más recientemente, Zaffaroni resuelve aproximándose al pensamiento de Soler, entendiendo que la situación de extrañeza solo puede ser considerada cuando el autor no obre en el hecho tanto con dolo como con culpa, advirtiendo sin embargo que su consideración culposa o dolosa generará diversas consecuencias en la estructura del delito: “... Si la necesidad provocada configura una verdadera causa de inculpabilidad, sólo puede resolverse la cuestión por vía de la tipicidad culposa del acto que provoca la necesidad. En caso de que la necesidad provocada no configure una causa de inculpabilidad, nos hallaremos frente a un delito doloso... Cabe tener presente que la situación de inculpabilidad podrá tomarse en cuenta sólo en los casos en que la necesidad justificante haya quedado excluida por la no ajenidad del sujeto a la provocación de la necesidad, pero cuando la conducta anterior le haya puesto en posición que le obliga a afrontar el riesgo, no sólo queda excluida la justificación sino también la inculpabilidad... ”⁶.

Consideramos que esta última respuesta ofrece mejores soluciones que las de sus predecesores, pues aborda con mayor precisión las consecuencias de un actuar doloso o imprudente como creadoras de una situación de necesidad, ajustándose asimismo a un esquema mixto del injusto (y no puramente objetivo como Soler y Núñez). Sin embargo, se generan nuevos interrogantes al final, concretamente emparentados a la figura de la posición de garante como determinante de la extrañeza, donde según el autor, no habrá forma de considerar a la conducta siquiera como una causal de inculpabilidad, salvo ciertos casos.

Prosigue el autor afirmando que siempre que el sujeto se encuentre en posición de garante responderá por las consecuencias sin poder invocar el permiso (a nivel de justificación); tampoco una exculpación (a nivel de culpabilidad), salvo situaciones “...muy extremas...”⁷, siendo determinante que la obligación jurídica torne al sujeto en “no extraño” al mal que amenaza. Esto nos lleva vincular necesariamente al dato de la extrañeza con las llamadas “fuentes de deber”, que determinan la posición de garante.

III.- Ser o no ser extraño: una remisión a las fuentes de deber.

Si bien, aparentemente, de lo dicho se puede abordar a una premisa inicial consistente en: “no es extraño a la situación de necesidad quien sea garante de la protección del bien”, existen ciertos casos donde a pesar de existir esta especial relación, se podría afirmar lo contrario, reafirmando la posibilidad de invocar la causa de justificación en trato.

Es primordial resaltar que, al tratarse de *garantes de la evitación de lesión al bien jurídico*, será necesario trabajar con las fuentes de materiales de deber (en negación a las formales: contrato, ley, actuar precedente), las cuales proceden de la teoría de las funciones de Armin Kaufmann⁸ y cuya clasificación es abordada

⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Civitas. 1997. P. 699.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio R. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ediar. Buenos Aires. 1980. p. 631

⁷ ZAFFARONI, Eugenio R. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ediar. Buenos Aires. 1980. p. 631

⁸ KAUFMANN, Armin. Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Schwartz. Göttingen. 1959. p. 283.

primordialmente por la doctrina alemana actual (Jescheck, Schünemann, entre otros), determinando dos clases fundamentales de situaciones posición de garante: 1. Función de protección del bien jurídico (deberes de asistencia) y 2. Función personal de vigilancia de una fuente de peligro (deberes de aseguramiento o control). De estas funciones específicas surgen las fuentes de deber que trabajaremos a continuación, siguiendo la clasificación abordada por Jescheck⁹.

Consideramos que tanto en los casos de estrecha vinculación familiar (padres con hijos recién nacidos), comunidad de peligro (participación voluntaria conjunta de una actividad peligrosa), y asunción voluntaria de una función de protección (medicos, funcionarios policiales, y entre otros), encuentran un límite respecto a su función de protección de bienes jurídicos, en ciertas situaciones concretas que los ubican en situación de “*extraños*” a la situación de necesidad, permitiéndoles ampararse en el permiso: “...*Naturalmente, quienes se hallan garantizando la evitación del mal, sólo serán autores de acciones antijurídicas, sin poder ampararse en el estado de necesidad, en la medida en que hayan asumido la posición de garante y hasta donde se les obligue. La ‘tripulación de un barco actuará lícitamente si arroja la carga al agua para salvar sus vidas o el barco; el bombero no debe renunciar a su vida para salvar los muebles’...*”¹⁰. En este último ejemplo citado donde Zaffaroni sin decirlo abarca los casos de asunción voluntaria de la función de protección, el límite está determinado en el hecho de que una persona no puede poner en riesgo su vida en pos del salvamento de bienes de menor jerarquía tanto en abstracto como en concreto (de esto se trata la ponderación de males en el estado de necesidad justificante). En este caso particular, no se puede afirmar la “*no extrañeza*” y negar el permiso, toda vez que la ley no puede exigir a uno perder su vida en pos de un deber.

Consideramos que esta resolución también sería aplicable a casos de comunidad de peligro donde, por ejemplo, un sujeto que es parte de un grupo de exploradores se apodera y destruye ciertos equipos valiosos propiedad de otros, para distraer a una bestia salvaje y poder escapar con vida. En los casos de estrecha vinculación familiar, entendemos que podría ser extraño el padre que, para evitar ser golpeado de muerte en la cabeza por el desprendimiento súbito de una fracción de techo en la habitación de un hotel, empuja a su hijo de la cuna, causándole escoriaciones menores. En todos estos casos, podemos advertir situaciones donde, a pesar de existir una función de protección del bien jurídico, estas serán extrañas a la situación de necesidad y, por ende, podrán invocar la referida causa de justificación.

Sin embargo, la cuestión es diversa para la segunda función en trato (deber de vigilancia sobre una fuente de peligro), aquí encontramos como fuentes de deber a la injerencia (actuar precedente), el deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio y por último la responsabilidad por la conducta de otras personas.

Respecto del actuar precedente y sus consecuencias en el ámbito de la justificación, se puede afirmar primeramente conforme a la postura zaffaroniana adoptada, que es inviable invocar la extrañeza por parte de quien es garante por injerencia, pues quien previamente a la causación dolosa de un mal (menor) crea una situación de riesgo para bienes jurídicos (de mayor entidad al mal causado) mediante un proceder atribuible, es garante de su no afectación anulando así el permiso.

Consideramos que, a pesar de no ser pasible de ser justificada la fuente de deber en trato por el estado de necesidad justificante, las mismas pueden tratarse de situaciones de exculpación toda vez que (conforme la redacción del art. 34 inc. 2 C.P.) el autor puede encontrarse “...*amenazado de sufrir un mal grave e inminente*”, sobre todo cuando esté juego la vida de quien interpela la eximente del reproche, como así también otros bienes como la integridad física o la libertad, siempre que se encuentren en un importante grado de afectación.

⁹ JESCHECK, Hans-Heinich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. 4ta Edición. Comares. Granada. 1993. p. 565.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio R. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ediar. Buenos Aires. 1980. p. 632

En este sentido no podría invocar un estado de necesidad exculpante mediando injerencia el técnico de luz que por imprudencia ocasiona un incendio en el domicilio de su cliente, y destruye una puerta o ventana de algarrobo para ingresar y rescatar a quien se ha desmayado por el humo de las llamas, siendo dichas aberturas de gran valor. En este último caso, quien ha creado la situación de necesidad debe responder tanto por el incendio como además por los daños causados a la propiedad en la procura del rescate de las vidas en peligro. Como variante al caso anterior, podríamos pensar que el técnico que produjo el incendio por imprudencia, no ingresa al domicilio por temor a perder su vida, alertando a las autoridades del incendio. A pesar de la lucha de los bomberos por frenar el incendio, no se logró salvar al cliente del técnico. Aquí la muerte de este último no sería reprochable por una causal de exculpación debido a que el autor a pesar de no ser extraño, se encontraba amenazado de sufrir un mal grave o inminente (perder su vida). Sin perjuicio de la aclaración expresada, de igual manera deberá responder por el incendio y daños causados previamente. En otras palabras, el estado de necesidad exculpante puede aplicarse por vía de omisión en estos casos:

“... *“Si X tiene posición de garante respecto de la vida de Z e Y, ambos se encuentran en peligro de perecer, de manera que el salvamento de uno excluye el salvataje del otro, X puede optar por cualquiera de las dos posibilidades de obrar, siendo legítima su omisión...”*¹¹.

En cuanto al análisis del dolo y la culpa, tanto en el actuar precedente como en la producción del llamado “mal menor”, debe existir como mínimo culpa, a fin de no incurrir en la llamada *actio libera in causa* mencionada *supra*, atentando del principio de culpabilidad en sentido amplio.

Puede ocurrir también que quien (mínimamente por imprudencia) causa un incendio mientras cuida un inmueble ajeno y deshabitado, escapa del lugar sin salvar computadoras de sumo valor para su propietario en razón de almacenar documentos de importancia comercial en aquellos dispositivos. En ese caso, la vida de quien creó la situación de necesidad estaba en riesgo y no se le puede exigir perderla en pos del salvamento de objetos materiales (por más valor que posean).

Entendemos, sin embargo, que la clave para la no eximición de culpabilidad por las conductas posteriores al “*actuar precedente*”, se haya en el dolo del agente y justamente en ese momento previo. Si en su dolo el autor consideró (incluso con dolo eventual) crear una situación de riesgo de lesión a los bienes jurídicos (en los casos mencionados: propiedad, integridad física, vida), las conductas ulteriores deben ser imputadas por daños, lesiones u homicidio, debiendo atribuirse el hecho a título de tentativa cuando el mal no llegue a consumarse (art. 42 C.P.).

En este último caso, habrá que analizarse la existencia de una relación concursal entre el incendio (fuente de deber por injerencia) y las consecuencias ulteriores por la inacción premeditada del autor (daños, lesiones u homicidio).

Teniendo en cuenta esta reflexión, en principio se responderá por el delito que se configura con el actuar precedente (sea dolosa o culposamente). Pero no se podrá atribuir responsabilidad penal por las consecuencias que no sean previsibles para el autor o, en caso de haber sido previsibles, que el autor se encuentre bajo los presupuestos necesarios para invocar una causal de exculpación (“...*bajo amenaza de sufrir un mal grave e inminente...*”, art. 34 inc. 2 C.P.), pues no se requiere para esta última eximente la situación de extrañeza al hecho. Sin embargo, si el dolo del autor abarcó todo el suceso, mediante una efectiva intención y conocimiento, siendo parte de su plan tanto de crear la situación de necesidad como la producción de consecuencias ulteriores (afectación a la propiedad, integridad física, vida), necesariamente debe considerarse la relación de concurso ideal (art. 54 C.P.).

¹¹ BLANCO Ricardo Herrera. Los delitos de omisión. memoria de prueba. Universidad de Chile. 1985. pág. 285

En cuanto al deber de control de fuentes de peligro que operan en el propio ámbito de dominio, la situación de necesidad pudo haber tenido origen en la falta de vigilancia del agente respecto de instalaciones, máquinas o animales a su cargo, poniendo en juego bienes jurídicos de importante jerarquía. Para determinar la extrañeza en estos casos, consideramos que la única manera de ser extraño es la existencia de una delegación en la responsabilidad a alguien que reúna la misma calidad (co-garante), en situaciones concretas, por ejemplo: el cuidador de zoológico le solicita a otro cuidador que cuide el ingreso de la jaula del león que se encontraba en reparación, mientras va a alimentar a las hienas. Por más que el agente tenga un deber de vigilancia, estas obligaciones se pueden delegar momentáneamente, resultando contraintuitivo no considerar extraño a quien por una cuestión de organización intercambia labores con quienes reúnen la calidad exigida, no pudiendo exigir a todos los cuidadores responsabilidad por la falta de pericia de uno de ellos en el cuidado de fieras y sus consecuencias.

En este sentido, el cuidador que ha delegado podría, al ver que el león ha escapado, ir a golpearlo fuertemente con un palo con el fin de evitar que la fiera se devore a los visitantes, generando importantes deudas al zoológico por gastos veterinarios.

Respecto de los casos de responsabilidad por la conducta de otras personas, donde el deber de vigilancia recae sobre terceros por ciertas condiciones determinadas (menores de edad con problemas de comportamiento, enfermos mentales con alteraciones peligrosas para terceros), debe considerarse el argumento de la delegación como única forma de resultar extraño, por ejemplo: el padre que solicita a la madre -¡o incluso a un hermano con capacidad suficiente para poder controlar al niño!- para que cuide al menor, mientras atiende la puerta. La falta de control de la madre sobre el menor puede ocasionar que el padre, en pos de salvar la vida de su esposa, corra hacia ella y evite que le caiga en la cabeza una caja de madera lanzada por el niño, empujándola a un lado para evitar sufrir lesiones de importante gravedad, produciéndole pequeñas escoriaciones en el brazo.

Lo cierto es que detrás de estos casos (el cuidador del zoológico y el padre del niño), en realidad hay situaciones de atipicidad por falta de imputación objetiva, debido a que en ambas situaciones el agente realiza una conducta que disminuye un riesgo existente.

Consideramos que, en los casos en el autor no sea extraño, se pueden utilizar los mismos argumentos que en la injerencia para afirmar ausencia de culpabilidad por estado de necesidad exculpante cuando el autor haya obrado bajo amenaza de sufrir un mal grave o inminente para su persona, como por ejemplo: que al cuidador del zoológico, por imprudencia, se le haya escapado la fiera y ésta busque matarlo, debiendo golpear al animal para salvar su vida, generando importantes gastos veterinarios por su acción.

IV.- La extrañeza en la jurisprudencia argentina.

En la búsqueda de determinar los alcances de la extrañeza en el estado de necesidad justificante, consideramos sumamente necesario el análisis de los fallos de nuestros tribunales en la materia, en donde su empleo haya sido determinante para la resolución del caso.

En este sentido podemos mencionar el caso “Rodríguez”¹² del Tribunal Oral en lo Criminal de Jujuy, donde el tribunal evaluó los hechos llevados adelante por la acusada. El día 03 de julio de 2019 Rodríguez fue detenida llevando 998 gr. de cocaína sujeta a una faja elástica en su abdomen, en un micro de omnibus desde Salta a Córdoba. Analizando la vida su vida personal, la misma era madre de dos hijos menores sin tener los recursos mínimos para su alimentación, siendo que además una hija revestía deformaciones en una mano

¹² TOCF de Jujuy. “Rodríguez”. Expte. 12570/2019. Sentencia del 8 de noviembre de 2019. Disponible online en el repositorio de Jurisprudencia del Ministerio Público de la Defensa: [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Rodr%C3%ADguez%20\(causa%20N%C2%B0%2012570\).pdf](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Rodr%C3%ADguez%20(causa%20N%C2%B0%2012570).pdf). Último ingreso: 13/12/2020 a las 12:00 hs.

por lo que necesitaba ser operada en forma urgente. A ello se suma el hecho de que sufría violencia de género por parte de su expareja, quien le provocaba ir al hospital por los maltratos y además le exigía a ella dinero. La acusada había recibido setecientos dólares (\$700) por el transporte del estupefaciente. Frente a ello, la defensa invocó el estado de necesidad justificante *“...ya que su asistida se vio entre dos bienes en pugna –la salud pública y la de su hija– enmarcada en un contexto de género, de necesidad económica acuciante y con un estado social fallido...”*. El tribunal absolvió a Rodríguez del delito de transporte de estupefacientes (art. 5 inc. C de la ley 23.737) entendiendo que: *“...al estado de necesidad, contempla como requisitos para que se configure el mismo: a) que el mal causado sea “menor” que aquel que se quiso evitar; b) que el mal que se pretendió evitar sea “inminente” y c) que el agente no sea “responsable” del mal que después quiere neutralizar lesionando otro bien jurídico...”*.

Luego de expresar el tribunal las precarias condiciones económicas de la acusada, de avisorar un claro contexto de violencia de género con secuelas hasta el conocimiento del caso por la judicatura, y primordialmente la costosa operación de salud requerida por la hija de la autora, consideran que la situación vivida por Rodríguez: *“...indica la existencia de un riesgo cierto, actual e inminente que no ofreció a la encausada otra alternativa que la comisión de un ilícito como medio para evitar un mal actual e inminente al que era ajena...”*. Es decir que el juzgador (que en el caso fue unipersonal), ponderó en la balanza la salud de la niña como un mal mayor en juego, en relación al transporte de estupefaciente donde fue apreciada la salud pública como mal menor, afirmando así que la acusada no había creado la situación de necesidad, sino una serie de sucesos externos (cuestión congénita de salud de la hija, violencia de género, estado de vulnerabilidad). Debido a la actualidad del fallo mencionado, entendemos que el mismo resulta interesante para avizorar los límites de la extrañeza, donde incluso no se depende de un acto particular aislado sino de situaciones complejas de vida, que llevan a un sujeto a no ser (en los términos del tribunal) *“responsables”* de la situación de necesidad.

Otro fallo de interés es el efectuado por la Cámara Federal de San Martín en *“Oviedo”*¹³, donde el referido tribunal analizó la conducta desplegada por la procesada, la cual habría utilizado dolosamente un documento de identificación falso (art. 296, en función del art. 292 C.P.) a fin de que se le reconociera atención médica por una grave enfermedad en las glándulas tiroideas. La cámara ordenó su sobreseimiento, en razón de corroborarse los presupuestos del permiso. Al igual que en el caso anterior, esta Cámara tuvo en cuenta la situación de vulnerabilidad social y económica que atravesaba la imputada, agregando además situaciones de violación y violencia de género. Frente al grave cuadro de salud de Oviedo, se entendió que: *“...así las cosas, ante las circunstancias reseñadas, entre las que se hace constar la emergencia de salud, Juana Lola Oviedo no tuvo la posibilidad de manejar la situación ni tampoco el tiempo suficiente para iniciar los trámites correspondientes para obtener su propia documentación como para habilitar la urgente atención médica...”*. A la hora de ponderar los elementos del permiso, resaltaron la posición doctrinaria dominante en materia de análisis de los males exigidos para el estado de necesidad justificante: *“...se destaca que en la ponderación de los “males”, tanto el “causado”, como el que se pretendió “evitar”, debe adoptarse un criterio que tenga en cuenta, no solo la jerarquía en abstracto de los bienes jurídicos en juego sino, en línea con ello, la consideración objetiva de las circunstancias personales de la encausada (en este sentido, Bacigalupo, E., “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Temis-Ilanud, 1984, págs. 128 y sgtes.; Zaffaroni, E. R., Alagia, A. y Slokar, A., “Manual de Derecho Penal”, Parte General, Ediar, 2005, págs. 492 y sgtes.; D’Alessio, A.J., “Código Penal de la Nación-comentado y anotado”, La Ley, 2009, Tomo I, págs. 472 y sgtes.)...En relación al primer parámetro a considerar, en cuanto a la entidad en abstracto de los bienes jurídicos afectados, se tiene presente que la incusa habría causado el mal de utilizar un*

¹³ CFA San Martín, Sala II, Sec. Penal 4. CN° 5681 (1811/2012) “Oviedo, Juana Lola s/292 CP” Expte. 14761. Sentencia del 22 de noviembre de 2012.

documento nacional de identidad falso, para evitar el mal mayor en su salud... ”. Por último, se entendió que la situación de vulnerabilidad y la delicada situación de salud sufridas por Oviedo, la volvía “extraña”. Sumándose a que, en esta oportunidad, la situación de necesidad recaía sobre un bien jurídico en la cual la misma autora era su objeto material de protección: “...En cuanto al resto de los requisitos legales, en especial referencia al caso en examen, es evidente que el mal causado es menor en su cotejo con el protegido y que en el contexto personal descripto, no podía exigirse a la imputada, un obrar diferente. Finalmente, conforme a las constancias de estos actuados, resulta claro que Oviedo ha sido extraña al mal inminente [el empeoramiento de su salud] que se propuso evitar... ”.

VI.- Conclusiones.

Como hemos apreciado de el análisis normativo llevado adelante por la doctrina y la jurisprudencia, surge a las claras que el debate resulta fructífero para el desarrollo de la temática en trato.

Entendemos sin embargo que queda mucho por indagar en este campo, encontrando en la llamada posición de garante y las fuentes del deber un punto de partida para verificar la existencia de extrañeza en el estado de necesidad justificante (art. 34 inc. 3 C.P.) , cuando sean superados los límites de dichas fuentes, ofreciendo aquí algunas reflexiones para el análisis del problema. Incluso pudimos advertir que en ciertos casos de extrañeza existen verdaderas situaciones de atipicidad por disminución de riesgo, conforme la teoría de la imputación objetiva. En otras palabras, si bien la extrañeza es la misma tanto en las causas de justificación como en las causas de atipicidad por disminución de un riesgo, ya que el autor no creó una situación de necesidad (o en términos conglobantes, una situación de riesgo para un bien jurídico), lo importante es resaltar que en ciertos casos el análisis podría terminar en una categoría previa a la de antijuridicidad, acotando aún más al poder punitivo. Por otro lado, se advierte además que existen casos donde, si bien el sujeto no ha sido extraño por haber efectivamente creado la situación de necesidad, es sin embargo inculpable por estado de necesidad exculpante (art. 34 inc. 2 C.P.), debido a que el agente, a pesar de no poder invocar la extrañeza, se ha encontrado bajo amenaza de sufrir un mal grave e inminente.

Otra cuestión a resaltar en este punto, es el pensamiento restrictivo del concepto de extrañeza por la doctrina mayoritaria actual en Argentina, donde incluso los actos causados con imprudencia, negligencia o impericia pueden ser considerados como creadores de situaciones de necesidad y vinculantes para la negación del permiso. A contrapunto, se advierte una tesis amplia de la extrañeza abordada por la jurisprudencia, captando situaciones de vida complejas como fenómenos que ubican a quien comete un delito contra la salud pública como una “extraña” a la situación de necesidad, incluso actuar (como en el segundo caso) siendo ajeno a la situación de necesidad, pero siendo a su vez objeto de protección de un bien jurídico en riesgo.

Sin dudas, la extrañeza como elemento del permiso que no puede obviarse en la discusión doctrinaria y jurisprudencial, pues como se ha visto en el presente artículo, este ofrece aristas que son sumamente interesantes y que le dan a los demás elementos del estado de necesidad justificante un contexto en constante resignificación. De esta manera los derechos fundamentales del ciudadano y sobre todo de las personas vulnerables se hayan resguardadas, alcanzando una justicia vidente e intervencionista.

IX.- Bibliografía.

BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal. Parte General. 2º Edición. Hammurabi. 1999.

JAKOBS, Günther. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. 2º edición. Marcial Pons. 1991.

JESCHECK, Hans-Heinich. Tratado de Derecho Penal, Parte General. 4º Edición. Comares. Granada. 1993.

KAUFMANN, Armin. Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte. Schwartz. Göttingen. 1959.

MIR PUIG, Santiago. Derecho Penal. Parte General. 9º edición. B de F. 2011.

NÚÑEZ, Ricardo C. Derecho Penal Argentino. Tomo I. Omeba. Buenos Aires. 1959.

ROXIN, Claus. Derecho Penal Parte General. Tomo I. Civitas. 1997

SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. 5ta Edición. Tomo I. Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires. 1987.

ZAFFARONI, Eugenio R. Tratado de Derecho Penal. Tomo III. Ediar. Buenos Aires. 1980.