

El estado de necesidad justificante

A propósito del fallo “M.R.” de la Cámara Federal de Casación Penal

Tomás H. Charni¹

SUMARIO: I.- Introducción; II.- Hechos; III.- El estado de necesidad justificante; IV.- Un posible fundamento adicional; V.- Conclusiones.

RESUMEN: El autor formula una interpretación de los requisitos del estado de necesidad justificante a partir del temperamento adoptado por la Cámara Federal de Casación Penal en el caso “M.R. s/ audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)”.

PALABRAS CLAVE: Estado de necesidad justificante - género.

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 Magíster en Derecho Penal por la Universidad Austral.

dispuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy basada en la aplicación del estado de necesidad justificante.²

El temperamento adoptado reviste singular interés desde el análisis dogmático, pues plantea una novedosa interpretación sobre la viabilidad de la citada causa de justificación.

Sobre la base de esa premisa, este trabajo propone una aproximación a la cuestión planteada, desde una argumentación complementaria a la utilizada en el fallo bajo comentario, centrada en la interpretación de la fórmula legal empleada por el legislador al momento de regular este instituto.

II.- Hechos

El 8 de noviembre de 2019, el juez Mario Héctor Juárez Almaraz, integrando el Tribunal Oral en lo Criminal Federal de Jujuy de modo unipersonal, resolvió absolver de culpa y cargo a “M.R.” del delito de transporte de estupefacientes por el que fuera acusada en virtud de lo dispuesto en el artículo 34 inciso 3 del Código Penal.

Para así resolver, el Tribunal Oral tuvo por probado que “M.R.” 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 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 padecía una malformación congénita en su mano izquierda por la que debió recibir una cirugía reconstructiva urgente.

En ese contexto, expresó que en el caso se presentó un estado de necesidad que justificó la conducta desarrollada por la imputada, con fundamento en la situación de vulnerabilidad, por tratarse de una víctima de violencia familiar o de género y por la necesidad de brindar solución urgente a la dolencia de su pequeña hija.

Contra dicha resolución, el representante del Ministerio Público Fiscal interpuso recurso de casación. Entendió que no se habían acreditado los extremos

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.

necesarios para tener por probado el estado de necesidad justificante, toda vez que la decisión se basó en apreciaciones personales sin sustento probatorio.

Por su parte, la doctora Angela Ester Ledesma consideró que el Tribunal Oral valoró adecuadamente los hechos que excluyeron la responsabilidad de “M.R.” conforme los preceptos legales y constitucionales que rigieron la materia del caso.

Para así decidir, en primer lugar, manifestó que en atención a las especiales condiciones y circunstancias de vida de “M.R.” se presentó un supuesto de especial vulnerabilidad de la mujer en un contexto de violencia de género y necesidad económica. Agregó que, junto a las disposiciones del artículo 34 inciso 3 del Código Penal, el caso debió regirse por los principios rectores de las convenciones internacionales de derechos humanos que conforman nuestro bloque constitucional (artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional).

Recordó que la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó concretamente que las mujeres cabeza de familia son personas en estado de vulnerabilidad.³ Mencionó también que el citado Tribunal Interamericano en el caso “Furlan y familiares vs. Argentina” señaló que *“toda 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.”*⁴

A su vez, recordó que la Convención Belem do Pará en su capítulo tercero – deberes de los estados– establece que *“Para la adopción de las medidas a que se refiere este capítulo, los Estados Partes tendrán especialmente en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada. En igual sentido se considerará a la mujer que es objeto de violencia cuando está embarazada, es discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica desfavorable o afectada por situaciones de conflictos armados o de privación de su libertad.”*⁵

³ Corte IDH, caso de la “Masacre de Mapiripán” vs. Colombia. Sentencia del 15 de septiembre 2005, párrafo 175.

⁴ Corte IDH, caso Furlan y familiares vs. Argentina. Sentencia del 31 de agosto de 2012, párrafo 134.

⁵ Artículo 9 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”.

Memoró que aun 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 esta línea, el Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer –órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer– observó que *“los Estados partes están obligados, en virtud de los artículos 2 y 15 de la Convención, a asegurar que las mujeres cuenten con la protección y los recursos ofrecidos por el derecho penal y que no estén expuestas a discriminación en el contexto de esos mecanismos, ya sea como víctimas o perpetradoras de actos delictivos.”*⁶

Además, remarcó que el análisis del caso requirió un enfoque integrador que incluyera la perspectiva de género en virtud 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”.

Aclaró 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.

Destacó que ese fue el enfoque que dio el Tribunal Oral para tener por probado que “M.R.” 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 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.

Así, luego de tener por probada esa base fáctica, mencionó que el Tribunal realizó una interpretación armónica del Código Penal de conformidad con nuestro bloque constitucional y concluyó que *“el accionar de [M.R.] estuvo justificado porque con*

⁶ Comité CEDAW, recomendación general n° 33 sobre el acceso de las mujeres a la justicia, párrafo 47.

aquél intentó darle calidad de vida a su hija y la situación de vulnerabilidad en la que se encontraba, la posicionó frente al delito como única alternativa posible”. En ese sentido, la magistrada coincidió con el Tribunal en el punto que la mujer recurrió al transporte de droga por no contar con otros medios menos lesivos para salvar el bien de interés mayor amenazado, que era la vida e integridad psicofísica de su hija.

En ese contexto concluyó que *“la decisión se encuentra sustentada en las pruebas del caso y su razonamiento es una derivación lógica de los hechos corroborados en el juicio y la prueba legalmente incorporada al debate.”*

Remarcó que *“Desconocer la situación de necesidad que primó sobre [M.R.] quien 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.”*

Frente a los agravios expuestos por el representante del Ministerio Público Fiscal sostuvo como punto de partida que *“las causas de justificación están vinculadas con un modelo concreto de sociedad, y de acuerdo con el estado de desarrollo de esa sociedad van a ir variando sus contenidos y límites.”*⁷

Agregó que *“En ese sentido, si bien el Ministerio Público Fiscal postula una interpretación dogmática y objetiva del estado de necesidad justificante, lo cierto es que dicho análisis no puede prescindir de los factores sociales de género, pobreza y violencia que gobiernan la sociedad actual y que se acentúan en determinadas regiones.”*

Frente al primer agravio, esto es la ausencia en el caso de un mal inminente por no encontrarse en juego la vida de la niña, partió de la base que *“es inminente un mal a cuya merced se encuentra el sujeto”*⁸. Así, sostuvo que la inminencia del mal, en el caso, estuvo determinada por la imposibilidad de “M.R.” de asumir el tratamiento reconstructivo de la mano de su hija con la premura que el médico le había indicado.

⁷ CASAS, Laura Julieta, “Impacto de la perspectiva de género en la dogmática penal. La legítima defensa. A propósito del fallo ‘XXX s/homicidio agravado por el vínculo’ de la Corte Suprema de Tucumán” disponible en <https://www.pensamientopenal.com.ar>.

⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul; ALAGIA Alejandro y SLOKAR Alejandro, *Derecho Penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 634.

Mencionó que, desde esa perspectiva, resultó claro que cuanto antes se operase mayores posibilidades tendría de mejorar su calidad de vida. Extremos que fueron valorados por el Tribunal al señalar que *“si un tratamiento quirúrgico reconstructivo puede contribuir a la mejora de su desarrollo psicofísico, indudablemente aquel resultará más beneficioso cuanto a más temprana edad se realice.”*

Así, concluyó en este punto que “M.R.” motivó su comportamiento en el hecho de que su hija necesitaba 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, expresó que no cabían dudas de la existencia de un mal inminente a cuya merced se encontraba.

En cuanto a la duda expresada por el Fiscal de que “M.R.” efectivamente se encontrara en estado de vulnerabilidad o fuera víctima de violencia de género, mencionó que el citado Comité sostuvo que la definición de violencia de género no requiere *“una amenaza directa e inmediata a la vida ni a la salud de la víctima.”*

En ese marco, sostuvo que el Fiscal realizó un análisis parcializado de las circunstancias que rodearon el caso. Agregó que resultó insuficiente la argumentación de aquel en cuanto a que la imputada contó con un bienestar económico derivado de los 8.000 pesos que su ex pareja le otorgaba para solventar sus necesidades. Por otro lado, refirió que el representante del Ministerio Público Fiscal desconoció por completo el sufrimiento emocional y el hostigamiento psicológico que persistió sobre “M.R.” al momento de los hechos. *“Extremo que por sí solo constituye un grave escenario de violencia de género en los términos de las Convenciones citadas.”* En consecuencia, refirió, que *“no existen dudas, a mi entender, del contexto de violencia de género y vulnerabilidad económica que atravesó [M.R.] al momento del hecho.”*

Por otro lado, frente al cuestionamiento formulado en torno a la ponderación de bienes y la especial gravedad del delito imputado, la magistrada mencionó que *“sin desconocer la trascendencia que reviste la persecución de este tipo de criminalidad, no debe pasar inadvertido que, nos encontramos ante un supuesto de una mujer que actuó como mula o correo humano.”*

En este sentido, recordó que un informe sobre pobreza y derechos humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que *“La pobreza, la*

⁹ Cfr. *Caso V. K. vs. Bulgaria* citado en CHINKIN, Christine, “Acceso a la justicia, género y derechos humanos”, en *Violencia de Género, Estrategias de litigio para la defensa de los derechos de las mujeres*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, 2012, p.45.

falta de oportunidades y las barreras al acceso a la educación ponen a mujeres y niñas en situaciones vulnerables, y hacen de ellas objetivos fáciles de la delincuencia organizada. De hecho, las mujeres con bajos niveles socioeconómicos y educativos figuran entre las personas en mayor riesgo de ser utilizadas para participar en operaciones delictivas como victimarias o como traficantes. La población de mujeres encarceladas por delitos relaciones con drogas, incluida la posesión, es muy alta y está en continuo crecimiento.”¹⁰

Asimismo, consideró que esa situación no debió pasar inadvertida por ser uno de los aspectos que remite a nuestro modelo de sociedad actual. Así, mencionó que en la medida que el estado de necesidad presupone necesariamente un conflicto de intereses, lo decisivo debe ser el merecimiento de protección de un bien concreto, en una determinada situación social, lo que permite al juzgador ponderar las circunstancias sociales y personales, en detrimento de una valoración que podría ser pura objetividad dogmática y absoluta injusticia para la suerte del caso.¹¹

Recordó 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 –en los términos de la Convención–, 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.

En ese contexto, sostuvo que resultó evidente la diferencia que existió entre los bienes jurídicos en juego. Por un lado, en términos abstractos se encontró involucrada la salud pública (el bien protegido y tutelado en la Ley de Estupefacientes n° 23.737) y por el otro, en términos bien concretos, la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija de tan solo dos años en etapa de desarrollo. En consecuencia, interpretó que no existieron dudas de que la calidad de vida e integridad psicofísica de su hija fue el bien con mayor protección legal.

Agregó que no podían dejarse de lado las presiones sociales y culturales que recaen sobre el rol materno de la mujer, que inevitablemente impactaron en su estado emocional y jugaron un rol significativo a la hora de decidir la ponderación de intereses en juego.

¹⁰ CIDH, *Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas*, OEA/Ser.L/V/II. 164. Doc. 147, 2017, párrafo 320.

¹¹ Cfr. ARGIBAY, Carmen, *Código penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* en BAIGÚN D. y ZAFFARONI E. (comps), Hammurabi, 1997, Buenos Aires, ps. 625-642.

Por último, en cuanto a la observación del Fiscal, en punto a que el dinero proveniente del delito no era la única alternativa posible para operar a su hija, la magistrada se preguntó ¿qué posibilidades reales tenía [M.R.] de actuar de un modo alternativo para que su hija no viera disminuido su proyecto de vida?

Para responder ese interrogante mencionó que no debiera perderse de vista las diferencias que existieron –y existen– entre hombres y mujeres para hacer frente a la pobreza. En este sentido, sostuvo que *“las mujeres no solo cuentan con activos materiales más escasos, sino también con activos sociales y culturales más escasos, lo que las coloca en una situación de mayor subordinación.”*¹²

En consecuencia, 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.

III.- 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.

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 expresa 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

¹² ANITUA, Gabriel Ignacio y PICCO, Valeria Alejandra, *Violencia de Género. Estrategias para la defensa de los derechos de las mujeres*, Ministerio Público de la Defensa, Buenos Aires, p. 242.

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, por que 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”.¹³

“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 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”.¹⁴

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.”¹⁵

¹³ MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte general*, cuarta edición, PPU, Barcelona, 1996, ps. 121-122.

¹⁴ Ídem, ps. 122-123.

¹⁵ 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.

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.”¹⁶

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 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.”¹⁷

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

¹⁶ MAURACH, Reinhart - ZIPF, Heinz, *Derecho penal. Parte General. I. Teoría General del Derecho Penal y estructura del hecho punible*. Traducción de la 7° edición alemana por Jorge Bofil Genzsch y Enrique Aimone Gibson, Astrea, Buenos Aires, 1994, ps. 414-415.

¹⁷ HIRSCH, *Leipziger Kommentar*, citado en DONNA, *ob. cit.*, p. 268.

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 titulares.¹⁸

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 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.

IV.- Un posible fundamento adicional

De las enunciaciones empleadas por el tribunal casatorio para fundamentar la conducta delictiva de “M.R.” se advierte la usencia de un acabado desarrollo argumentativo en punto a la ponderación de males en conflicto, habida cuenta de que, en términos puramente objetivos, el bien jurídico lesionado (sea en la forma de la salud pública, la seguridad pública o el combate al narcotráfico) resulta superior a aquel salvaguardado (integridad y salud personal de la menor).

Sin embargo, creemos que la pena conminada en ambos supuestos es un elemento a ponderar, aunque no el único. Esta interpretación, encuentra su fundamento en la redacción legal empleada por el legislador donde la comparación recae sobre los “males” involucrados (*“El que causare un mal por evitar otro mayor inminente a que ha sido extraño”*), lo que no debe ser equiparado a bienes jurídicos.

En efecto, “en la gravedad del mal no sólo influye el valor del bien típico lesionado, sino también la forma en que se lesiona. El mal causado al lesionar un bien jurídico penalmente protegido supone no sólo el menoscabo de un bien, sino además una perturbación del orden jurídico y, siendo individual el bien, una injerencia anormal en la esfera del lesionado.”¹⁹

¹⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Manual de derecho penal*, Ediar, sexta edición, Buenos Aires, 2006, p. 502.

¹⁹ MIR PUIG, *ob. cit.*, p. 475.

Maurach y Zipf explican que “No es posible realizar una ponderación de bienes de forma esquemática. Las nociones valorativas no son equivalentes, ni siquiera dentro de una misma sociedad o un mismo Estado; además, ellos están sujetos a frecuentes cambios. Asimismo, tampoco es posible plantear una escala fija de valores respecto de intereses jurídicamente determinables (...) la valoración de bienes está ampliamente unida a la personalidad del titular del bien jurídico. De esta manera, la ponderación de bienes, una de las tareas judiciales más difíciles, es objetivadora, pero asimismo subjetivadora hasta lo extremo. Lo decisivo es el caso particular.”²⁰

Sobre la base de estos lineamientos, creemos que, en el caso, la conducta imputada se encontró justificada. Así, si bien frente a la utilización de un criterio esquemático de comparación de males parecería no superarse el requisito legal, la incorporación de criterios ético-sociales en el análisis comparativo y, con ello, la perspectiva de género, supone arribar a una conclusión en consonancia con lo resuelto, todo ello, a través de una interpretación lingüística literaria de la norma.

En términos generales, entendemos que, ante un supuesto de estado de necesidad justificante, la tarea jurisdiccional de valoración de males deberá tener como punto de partida un criterio objeto derivado de la ponderación de penas conminados de los bienes jurídicos en conflicto y luego, un análisis pormenorizado de las circunstancias individuales que rodearon el caso, a la luz de las valoraciones ético-sociales imperantes al momento del hecho.

V.- Conclusiones

El temperamento adoptado por la Cámara Federal de Casación Penal en el caso “M.R. s/ audiencia de sustanciación de impugnación (art. 362)” representó una novedosa aplicación sobre los requisitos que rodean el estado de necesidad justificante. Frente a un modelo puramente objetivo y estanco, se optó por una interpretación flexible basada en el estado de desarrollo de la sociedad.

En ese contexto, los factores sociales de género, pobreza y violencia, sumados a los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino fueron los elementos principales para justificar el accionar de la imputada.

²⁰ Ídem., p. 478.

Ahora bien, consideramos necesario introducir cuestiones de carácter estrictamente dogmáticas con el objeto de robustecer el hilo argumentativo sostenido por el Tribunal Casatorio.

Así, concluimos que aquella interpretación también encuentra su fundamento en la fórmula seleccionada por el legislador al momento de regular este instituto.

De esta manera, sostuvimos que la tarea jurisdiccional de ponderación de bienes como requisito necesario para la admisibilidad del estado de necesidad justificante tendrá en cuenta elementos subjetivos y coyunturales que traerán mayor equidad al conflicto en debate.

En consecuencia, no existirá un orden jerárquico definido y estático en torno a los males en conflicto. Aun ante la puesta en peligro o lesión de un bien jurídico de alto valor, la conducta típica podrá resultar justificada en la medida en que el menoscabo o el grado del peligro resulte menor conforme la valoración individual del caso.