

Revista Argumentos (ISSN: 2525-0469)

Núm. 21 2025, pp. 41-61

Sección: Artículos

Centro de Perfeccionamiento Ricardo C. Núñez

[En Línea] <http://revistaargumentos.justiciacordoba.gob.ar/>

DOI: 10.5281/zenodo.17872731

Teoría de las autorizaciones: El estado de necesidad defensivo. Regulación en el Código Penal argentino*

Theory of Authorizations: The Defensive State of Necessity.
Regulation in the Argentine Penal Code

Constanza Attwood**

Resumen: Este trabajo trata sobre la teoría de las autorizaciones, con especificidad en el estado de necesidad defensivo. Con base en los principios que estructuran las diferentes causas de justificación, se analizará si el estado de necesidad defensivo se encuentra regulado o no dentro del derecho penal argentino. Para ello se valorarán diferentes posturas doctrinarias, nacionales y foráneas, y así dejar expuesto el estado de discusión actual. Finalmente, se realizará una toma de postura.

Palabras clave: Causas de justificación, Estado de necesidad defensivo, Regulación legal, Posturas.

Abstract: This paper deals with the **theory of authorizations**, with specific focus on the **defensive state of necessity**. Based on the principles that structure the different justifying causes, it will analyze whether it is possible to accept that the defensive state of necessity is regulated or not within our substantive criminal law. To this end, different national and foreign doctrinal positions will be assessed to present the current state of discussion. Finally, a stance will be taken.

Keywords: Justifying causes, State of necessity, Legal regulation, Positions.

* Recibido: 22/04/2025 Aceptado: 25/11/2025

** Universidad Nacional de Córdoba. Email: constanzattwood@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1759-9808>

1. Introducción

En el presente trabajo se estudiará el estado de necesidad defensivo como causa de justificación. Este permiso jurídico también recibe el nombre de defensa contra las cosas (Roxin, 1997, p. 671). Comúnmente se identifica a esta autorización con un ejemplo práctico: el ataque de un perro a otra persona, sin que el animal haya sido provocado para tal fin.

El estado de necesidad defensivo se encuentra regulado dentro del Código Civil alemán (§228 BGB) y rige en materia penal en razón de la unidad del ordenamiento jurídico. En nuestro país, en cambio, no contamos con una norma que lo establezca expresamente. No obstante, la doctrina interpreta que estaría receptado por la legítima defensa o como un modo de estado de necesidad justificante. Esta situación marca que su tratamiento no es unívoco. En el presente escrito, analizaré los diferentes argumentos ofrecidos por la dogmática nacional, en uno u otro sentido.

La legítima defensa está contemplada en el art. 34 inc. 6 y 7 del Código Penal (en adelante, CP). Entre sus fundamentos están la defensa de los derechos individuales o bien que el derecho no puede retroceder ante lo injusto. En cambio, el estado de necesidad justificante se encuentra regulado en el artículo 34 inc. 3, del mismo cuerpo legal. El fundamento que tiene esta causa de justificación es doble: por un lado, la idea de un interés preponderante, y, por el otro, el deber de solidaridad de soportar ciertos daños. Esta diferencia en el fundamento entre estas dos justificaciones ya debería llamar la atención con relación al tratamiento dispar que la dogmática ofrece para admitir el estado de necesidad defensivo.

Las causas de justificación permiten realizar un hecho típico que, por las circunstancias específicas del caso, no resulta contrario a Derecho. Jakobs (2017) entiende que, a diferencia de un comportamiento atípico, que se encuentra permitido sin importar el contexto, el comportamiento justificado se tolera porque se tiene en cuenta el entorno en el que se ejecuta. Según Roxin (2002), “con las causas de justificación penetra en la teoría del delito la dinámica de los cambios sociales” (p. 75).

En este ensayo intentaré responder si es posible ubicar al estado de necesidad defensivo en la legítima defensa o en el estado de necesidad. Si esta respuesta es afirmativa, trataré de determinar si esto ya es suficiente para admitir que el estado de necesidad defensivo se encuentra legislado, o bien es necesario una reforma que lo introduzca de manera expresa.

Para cumplir estos objetivos, primero explicaré los requisitos de la legítima defensa y del estado de necesidad justificante agresivo y defensivo. Luego, analizaré el estado de necesidad defensivo en la doctrina extranjera, y haré hincapié en la discusión en torno a la relación entre legítima defensa, estado de necesidad defensivo y la culpabilidad. Después, describiré cómo se interpreta el estado de necesidad defensivo dentro de nuestro Derecho Penal argentino. Al final, analizaré si este permiso jurídico está incluido en nuestro derecho positivo, y, en tal caso, si es preciso una reforma que lo regule de manera expresa.

2. Estado de la discusión

A. Las causas de justificación

Rusconi y Kierszenbaum (2020) señalan que el ordenamiento jurídico se compone de normas imperativas y permisivas o de excepción. Informa que en la antijuridicidad se debe verificar la presencia de normas permisivas aplicables a un caso concreto.

Roxin (2002) establece que las causas de justificación, al poseer la finalidad político criminal de acercar soluciones a conflictos sociales, no deben ser tratadas con la misma dogmática que la del tipo penal. Ello porque las justificaciones no sirven para describir acciones, ya que rigen para muchos tipos conjuntamente.

Es preciso distinguir la justificación de la excusación. Siguiendo a Nino (2022), esta distinción se puede efectuar desde una doble perspectiva: moral y jurídica. Aquí importa destacar solamente que, como enseña este autor, una acción se encuentra justificada cuando genera un estado de cosas deseable o valioso, o al menos uno que no es indeseable o disvalioso. En el mismo sentido, Fletcher (1977) sostiene que “cuando justificamos una elección aplaudimos el juicio del agente en optar por el bien superior” (pp. 73 a 101).

Nino (2022) explica que justificar una conducta es asumir que cualquier persona que estuviera en las mismas circunstancias relevantes podría realizar el mismo comportamiento. Las excusas, en cambio, tienen un carácter personal, por lo que están ligadas a la capacidad mental y a las actitudes subjetivas del agente. Por ello, un acto excusable para un individuo concreto puede no ser excusable para otro. Reconocer una excusa es admitir que cierto sujeto no puede ser reprochado por algo que hizo, aunque aquello que realizó sea disvalioso.

Ahora bien, existen diferentes teorías con relación a cuáles son los principios que fundamentan a las causas de justificación: por un lado, se encuentra la teoría monista. Según ella, las causas de justificación tienen fundamento en un solo principio: que las justificaciones son el medio adecuado para conseguir fines comunes de vida en sociedad (Donna, 2008, p. 57).

Por otro lado, la teoría pluralista propone ordenar las causas de justificación bajo una pluralidad de principios sociales ordenadores, que funcionen como directrices interpretativas para concretar las justificaciones en contextos concretos. Esta es la posición dominante en la doctrina. Para Roxin (1997), los principios reguladores sociales no son un *numerus clausus*. Por ello, rechaza la postura de Jakobs (2017), para quien las justificaciones se apoyan en tres principios (el de responsabilidad por parte de la víctima de la intromisión, el de la definición de los intereses por parte de la propia víctima, y el de solidaridad). Este trabajo adhiere a esta posición pluralista, pues refleja de manera más adecuada el funcionamiento de las justificaciones, que en general se estructuran sobre más de un principio valorativo.

Por último, Hilgendorf y Valerius (2017) explican que existen dos clases de justificaciones. Por un lado, las que se utilizan para defender otro bien jurídico (por ej.: la legítima defensa y el estado de necesidad). Por otro lado, están aquellas que lesionan o ponen en peligro un bien jurídico porque su titular está de acuerdo con la conducta típica (por ej.: el consentimiento). En este trabajo, analizaré solo las primeras y dejaré de lado las segundas.

B. La Legítima defensa

La legítima defensa (en adelante, l.d.) está regulada en el art. 34 inc. 6 y 7 del CP. Es una causa de justificación que tiene carácter subsidiario, ya que solo puede ser ejercida cuando el Estado, mediante sus mecanismos institucionales, no puede proteger un bien jurídico ante una agresión ilegítima. Según Jakobs (2017), la l.d. habilita la violencia privada para la defensa propia, o de un tercero, ante una agresión actual y antijurídica.

La l.d. es la justificación que mayor capacidad defensiva otorga a quien se encuentre en la posición de persona agredida. Hilgendorf y Valerius (2017) señalan que, por ello, se habla del “enérgico derecho a la legítima defensa” (p. 91).

La l.d. se estructura bajo dos principios diferentes. El primero se ubica en una perspectiva individual: principio de autoprotección o del interés individual. El segundo, en cambio, mantiene una perspectiva objetiva o supraindividual: principio de predominio del Derecho.

El principio de autoprotección o del interés individual responde a la necesidad de proteger los derechos propios o de terceros, ante una agresión ilegítima, en un momento en el cual el Estado no puede ofrecer tal protección. Jakobs (2017) lo denomina principio de la responsabilidad o del ocasionalismo, pues sostiene que lo permitido depende de que al agresor se le pueda imputar la situación de conflicto que surge de su ámbito de organización. Es decir, el atacante impone el conflicto a quien se defiende. En este sentido, Nino (2022) entiende que en la l.d. se distribuyen perjuicios y beneficios según los aportes de cada parte a la situación de conflicto.

Palermo (2007) ubica este principio dentro de las teorías individualistas, por el carácter protector de bienes jurídicos de la l.d. El comportamiento del agresor constituye un riesgo de lesión para aquellos. Esta concepción teórica se basa en expectativas cognitivas, en contraposición a las normativas.

En el mismo sentido Nino (2022) sostiene que todo sistema penal implica un reparto desigual de sacrificios y beneficios entre los miembros de la sociedad. Tal distribución debe estar justificada de manera tal que no se tome a algunos individuos como meros medios en beneficio de otros.

El principio de predominio del Derecho sostiene que el agredido, con su acción, protege al orden jurídico, pues reafirma su vigencia ante el injusto que representa la agresión. Así lo explica Righi (2019), para quien este principio contiene una idea de Hegel que sostiene que la l.d. al afirmar derecho se vincula con idea del delito como negación del derecho. De lo que concluye como la l.d. niega el delito, la negación de una negación equivale a afirmación del derecho.

Este principio indica que el Derecho no debe ceder ante el injusto. Para Luzón Peña (2018), ello implica que, en la l.d., los bienes jurídicos no se encuentran en pie de igualdad. Al contrario, los bienes del agresor pierden protección porque este, con su agresión, cuestiona la vigencia del orden jurídico. En el mismo sentido, Roxin (2002) expresa que este principio desplaza al de ponderación de bienes. Se reconoce en la l.d. una función preventiva general, ya que su ejercicio puede constituir una intimidación general para potenciales agresores de bienes jurídicos individuales.

B.1 Elementos objetivos

El art. 34 inc. 6 del CP regula los requisitos de la l.d. En primer lugar, debe existir una agresión ilegítima. La agresión es una conducta humana que amenaza o pone en riesgo a un bien jurídico individual ajeno (Roxin, 2007, p. 611). No es necesario que sea una agresión típica. De la Rúa y Tarditti manifiestan que en ello difiere del Código Penal español que en su art. 20.4º sí exige que la agresión ilegítima constituya un delito o una falta. En cambio, el derecho penal alemán no contiene tal exigencia. En el mismo sentido: Pessoa (2001); Zaffaroni, Slokar y Alagia (2005). Nino (2022) sostiene que “la agresión ilegítima implica, como mínimo, la violación de una obligación jurídica” (p. 85).

Existen dos enfoques sobre la agresión. La perspectiva objetiva exige que sea un comportamiento exterior y voluntario, igual a la acción propia de la teoría del delito. De la Rúa y Tarditti (2014) señalan que la l.d. no se aplica cuando la persona realiza un movimiento corporal involuntario o se encuentra en un estado de inconsciencia. Para los autores, en estas hipótesis existiría un estado de necesidad. Según este enfoque existiría agresión aun cuando el sujeto carezca de otros elementos subjetivos, tales como el dolo, la imprudencia o la culpabilidad. Por ello, un inculpable podría ser considerado como un agresor ilegítimo.

El enfoque subjetivo, en cambio, exige que el agresor sea culpable. Jakobs (2007), refiere a la culpabilidad como la infidelidad al Derecho por la que se ha de responder, este es un concepto normativo, no psicológico. Dicho de otro modo, culpable es la persona a la que resulta posible realizarle un reproche por una organización defectuosa de su ámbito de competencia que configura un hecho antijurídico.

En esta línea, Luzón Peña (2018) sostiene que, solo constituye agresión ilegítima aquella que sea realizada a título de dolo. Para el autor, agresión ilegítima equivale a acción dolosa y culpable. Es decir, no incluye a las acciones imprudentes en las agresiones de la l.d.:

La agresión requiere dolo y es incompatible con la imprudencia (...). En efecto frente a la actuación imprudente carece de eficacia la función intimidatoria de la legítima defensa (...) cabe protegerse únicamente dentro de los límites, más adecuados, del estado de necesidad defensivo. (Luzón Peña, 2018, pp. 611 y 638)

En contra de esta postura, por considerar que las acciones imprudentes pueden también ser agresiones ilegítimas: Donna (2008).

Sobre la culpabilidad del agresor también existe una diferencia entre Jakobs y Roxin. Esta cuestión se analizará al momento de tomar de postura. Aquí solo se adelanta que Jakobs (2007) exige que la agresión deba ser culpable. En cambio, para Roxin (1997) tal condición no es necesaria.

La agresión debe ser ilegítima. Basta con una acción ejercida sin derecho, aunque sea atípica. No existe l.d. frente a comportamientos lícitos, es decir dentro de los riesgos permitidos. Por ello, ante una persona que actúa en l.d., no es posible interponer a su vez una l.d. (Roxin, 2007; Donna, 2008; Zaffaroni et al., 2005).

La agresión debe ser actual. Este requisito se puede desprender de la frase “para impedirla o repelerla” (art. 34 inc. 6, letra. b, CP). El requisito de la actualidad responde al funcionamiento de la causa de justificación analizada, porque, de lo contrario, los agredidos podrían ejercer legítima defensa de forma vindicativa (Righi, 2019). Lo que desnaturalizaría el fin del instituto: defendernos cuando el Estado no puede hacerlo por nosotros.

Otro requisito legal de la l.d. es la defensa racional. De la Rúa y Tarditti (2014) determinan que será aquella reacción necesaria constituida por un hecho típico en contra de la agresión ilegítima. Conjuntamente debe analizarse a la defensa racional, sostienen los autores, con la necesidad del medio empleado, para impedir o repeler la agresión, bajo la ponderación de proporcionalidad de dos binomios: agresión-defensa y bien defendido-bien atacado.

Ambos binomios deben analizarse bajo la luz de las circunstancias concretas del caso concreto. De la Rúa y Tarditti (2014) coinciden con Roxin en que la racionalidad del medio empleado debe ser evaluada conforme las circunstancias objetivas del contexto donde se ejerce este derecho, y desde una perspectiva *ex ante* según el juicio de un tercer observador sensato.

De la Rúa y Tarditti (2014) expresan que la proporcionalidad de los binomios no significa paridad entre la agresión y la defensa, no decae por el empleo de instrumentos desiguales y más gravosos de la acción defensiva, si era lo disponible y adecuado a las características del caso concreto.

La doctrina, de manera unánime, sostiene que quien se defiende no está obligado a huir de la agresión (Roxin, 1997; Jakobs, 2007; Luzón Peña, 2018; De la Rúa-Tarditti, 2014). El fundamento de esta solución se encuentra en que rige en este derecho de intervención, como se vio, el principio de prevalecimiento del Derecho. Palermo (2007) sostiene que este principio se vincula con el aspecto supraindividual en que se fundamenta la legítima defensa. Este criterio valorativo opera como el modo de restablecer la relación de reconocimiento intersubjetivo que como ciudadanos tiene el agresor con el agredido.

La defensa debe dirigirse sólo contra bienes jurídicos del agresor. Si con la acción defensiva se afectan bienes jurídicos de terceros inocentes, algunos autores consideran que la conducta de quien se defiende deberá ser evaluada en los términos de un estado de necesidad (Luzón Peña, 2018). Si lo que se afectan son intereses desiguales se aplicará estado de necesidad justificante, y si son iguales, estado de necesidad exculpante (Roxin, 1997; Jakobs, 2007; Luzón Peña, 2018; De la Rúa-Tarditti, 2014).

El último requisito de la l.d. es que la agresión ilegítima no sea provocada por quien se defiende. Con relación a ello, Zaffaroni, Slokar y Alagia (2005) sostienen que a partir de una tarea interpretativa de la letra del art. 34 inc. 6 CP se extrae que provocación suficiente es la conducta del que se defiende, que motiva la agresión y que se desvalora jurídicamente como suficiente cuando la hace previsible (p. 484).

B.2 Elementos subjetivos

Existen diferentes posturas con relación a si deben ser requeridos o no elementos subjetivos para la exclusión del ilícito. Aquellos que consideran que no se debe exigir ningún elemento subjetivo a quien actúa bajo una justificación. Esta postura objetiva sostiene que con la sola concurrencia de los elementos objetivos es suficiente para que opere plenamente la l.d., sin necesidad de que el agredido conozca la situación justificante. Otra posición sostiene que debe concurrir la voluntad de defensa: postura subjetiva.

Un tercer enfoque que considera que el único elemento subjetivo exigible para esta, y todas las demás causas de justificación, es el conocimiento de la situación justificante, o sea, conocer los presupuestos objetivos (De la Rúa y Tarditti, 2014, p. 83 y s.; Luzón Peña, 2018, p. 623 y s.; Rusconi y Kierszenbaum, 2020, p. 122; Righi, 2019, p. 314; Roxin, 2007, p. 667). Peralta (2012) sostiene que esta postura es compatible con el derecho penal de acto, y expresa:

En el derecho penal, la idea de no regular los pensamientos tiene que ver con el principio de la responsabilidad por el hecho: sólo se debe ser responsable por lo que uno hace. No se trata, pues, de que se abran todas las puertas para analizar cualquier aspecto subjetivo, sino solo aquellas compatibles con las premisas del derecho penal de acto. (Peralta, 2012, p. 48)

Jakobs (2007) sostiene que ante la falta del elemento subjetivo la persona actúa sin conocimiento de la situación justificante. Esto genera un comportamiento que defrauda expectativas ya que no conoce el motivo bien fundado para la ejecución de aquél. Lo que se juzga es el comportamiento sin tener en cuenta el resultado: se aplican las reglas de la tentativa inidónea.

C. Estado de necesidad justificante

C.1. Estado de necesidad agresivo

El estado de necesidad agresivo (en adelante, e.n.a.) se encuentra regulado en el artículo 34, inciso 3, del Código Penal. Como toda causa de justificación, tiene el efecto de excluir el ilícito y la punibilidad. Luzón Peña (2018) sostiene que este permiso jurídico se otorga cuando existe una situación de peligro para bienes jurídicos, que plantea la necesidad de salvarlos o protegerlos, y esto solo se puede hacer a costa del sacrificio de otros bienes jurídicos. Dicho de otro modo, esta justificación permite que un sujeto, ante una situación de peligro real sobre un bien jurídico, que no le es imputable, pueda realizar un tipo penal que implica el medio menos lesivo para evitar aquel peligro que configura un mal mayor (De la Rúa y Tarditti, 2014).

Mir Puig (2011), para diferenciar la legítima defensa del estado de necesidad, sostiene lo siguiente:

El significado de la legítima defensa (...) en ella se enfrentan dos sujetos que se encuentran en diferente situación ante el Derecho: mientras que el agresor infringe el Derecho, el defensor se halla en una situación legítima respecto a su agresor. En cambio, en el estado de necesidad entran en

conflicto sujetos que se hallan en la misma posición frente al Derecho: ninguno de ellos es aquí un injusto agresor (...) a igualdad de legitimidad en las situaciones de los sujetos, lo que decide el conflicto es la importancia de los intereses en juego. (Mir Puig, 2011, p. 458)

Entonces, en el e.n.a. existe una colisión o conflicto entre intereses que, a diferencia de la legítima defensa, son -en principio- igualmente dignos de protección jurídica. Por eso, la acción salvadora está sometida a restricciones de proporcionalidad y subsidiariedad.

Ante la situación de conflicto que presupone este tipo de justificación, existen dos teorías con relación a la calidad de los intereses enfrentados. La teoría diferenciadora sostiene que ante una colisión de intereses desiguales debe concurrir el estado de necesidad justificante. En cambio, cuando el conflicto es entre intereses equivalentes, debe concurrir el estado de necesidad exculpante. En línea con esta posición, De la Rúa y Tarditti (2014) afirman que la ley penal argentina contempla una situación de conflictos entre bienes desiguales, ya que admite la justificación sólo para quien cause un mal para evitar uno mayor.

La teoría unificadora sostiene que “todo estado de necesidad es justificante” (Luzón Peña, 2018, p. 640). Este tratamiento debe recibir tanto la hipótesis de conflicto entre bienes desiguales como la hipótesis de colisión entre bienes que son iguales.

De la Rúa y Tarditti (2014) sostienen que el fundamento del estado de necesidad justificante es el principio de interés preponderante. Lo definen como aquel que se encarga de salvar al interés o bien al cual objetivamente se le otorga mayor preferencia por considerarlo de mayor valor ante el que se afectará mediante una acción típica (p. 25).

Sostienen De la Rúa y Tarditti (2014) que, por la fórmula legal, la delimitación del interés preponderante sobre la base del mal mayor no permite introducir estándares reductores por fuera de la comparación de bienes, de males causados y evitados. Ello hay que complementarlo con las circunstancias del caso concreto.

Bacigalupo (2007) define el principio de interés preponderante en los siguientes términos:

Dentro de la fundamentación del estado de necesidad justificante, conforme al principio de interés preponderante, la exclusión de la antijuridicidad se debe a la unión de la necesidad de la lesión junto con la menor significación del bien sacrificado respecto del salvado. La contrapartida de la justificación otorgada al autor, es el deber de tolerar por parte del titular del bien sacrificado, que se denomina deber de solidaridad recíproca. (Bacigalupo, 2007, p. 372)

Donna (2008) entiende que el principio de interés preponderante además de valorar bienes y males, analiza el desvalor de la acción cuando se inspecciona el mal causado, los intereses de la generalidad en la función del orden y la paz general. Afirma que el conflicto debe ser de intereses, que es un concepto más amplio que bienes jurídicos, y que como el Código Penal habla de males, tal distinción es posible. La

comparación de males permite relativizar el valor abstracto de los bienes o intereses que colisionan, en el caso concreto.

Otro fundamento del e.n.a. es el principio de ponderación de bienes jurídicos que ingresan al conflicto. Esta posición busca un criterio que permita establecer el mayor o menor valor de los bienes que colisionan en el caso concreto; presuponen una diferencia abstracta de valor entre los bienes jurídicos, sin tener en cuenta la magnitud de males (De la Rúa y Tarditti, 2014).

Para Roxin (1997), en el Código Penal alemán (§34 StGB) se encuentran contempladas las teorías de ponderación de intereses en combinación con la teoría del fin. La primera establece que el valor de los bienes jurídicos en colisión es solo uno de los factores a ponderar. La segunda teoría implica que la acción de estado de necesidad debe emerger de una valoración ética-global que signifique que sea el medio adecuado para lograr un fin correcto.

Por su parte, Jakobs (2007) agrega que esta justificación se funda en el principio de solidaridad recíproca entre los destinatarios del Derecho, y que, ante un balance de intereses, otorga un derecho de lesión, si el resultado es una mejora en el balance global.

C.1.a Elementos objetivos

Los requisitos objetivos del e.n.a. son los siguientes: 1) un conflicto de males con diferente jerarquía entre sí; 2) la producción inminente de un mal mayor; y 3) la ajenidad del peligro por parte de quien acciona en estado de necesidad. Esta causa de justificación expresa una decisión de máxima racionalidad (Rusconi y Kierszenbaum, 2020).

Núñez (2022) entiende por mal un concepto jurídico que indica ilicitud, que se dirige en contra de los intereses del Derecho. Mir Puig (2011) sostiene que es un concepto eminentemente valorativo, por lo que mal será aquello valorado negativamente por la sociedad.

De la Rúa y Tarditti (2014) refieren, por un lado, que el mal causado se da cuando se coloca en peligro o daña un interés o bien ajeno reconocido por el derecho. Por otro lado, definen al mal evitado como el peligro que se busca superar para salvaguardar un interés propio o ajeno. El mal puede tener su origen en hechos de la naturaleza o en comportamientos humanos que no sean captados por la legítima defensa.

Para determinar que el mal causado sea menor al evitado, hay que considerar tanto los bienes en conflicto como la intensidad de su afectación. Esta valoración comparativa es un elemento normativo del tipo de justificación, que no es captable sensorialmente (De la Rúa y Tarditti, 2014).

El análisis comparativo no debe arrojar como resultado que toda acción necesitada sea legítima. Pues la justificación requiere que el mal causado sea la alternativa menos lesiva y que no sea posible conservar todos los intereses en juego. Así, la justificación tendrá lugar si se protege al interés preponderante, al que alude la norma como evitar el mal mayor (De la Rúa y Tarditti, 2014). Núñez (2022) establece que la mayor entidad del mal, y así la determinación del bien menos valioso, no

depende exclusivamente de la calidad de los bienes en juego, sino también de la calidad del daño evitado al bien defendido y causado al bien lesionado.

Dentro de esta valoración se encuentra como límite la imponderabilidad de los bienes jurídicos personalísimos: la dignidad humana y la autonomía, es decir que la persona no sea valorada como un medio para un fin en situaciones de necesidad. De la Rúa y Tarditti (2014) se refieren a la existencia de un bloque de derechos humanos blindado de injerencias utilitaristas. Pese a esta limitación, Jakobs (2007) plantea que los bienes materiales no siempre deben ceder ante los personales, pues por su contenido simbólico representan el desarrollo de la personalidad de las personas.

El segundo requisito es la oportunidad para ejecutar la acción de necesidad. El mal mayor debe ser inminente, es decir, que la actuación no sea ni anterior ni posterior a aquel. Inminente es un peligro que está próximo a concretarse, según una probabilidad objetiva *ex ante*. También se justifica la acción ante un peligro permanente, esto es, aquel que ya cesó pero existe el riesgo de que vuelva a generarse (De la Rúa y Tarditti, 2014).

Dentro de los límites de la justificación se debe analizar si la acción fue el medio razonablemente necesario y proporcionado para evitar el mal mayor. También es preciso que la acción intentada sea idónea *ex ante* para evitar el mal mayor, aún cuando fracase *ex post* (De la Rúa y Tarditti, 2014).

Por último, el autor debe ser “extraño” a la situación de necesidad, es decir, no la debe haber generado. La norma no precisa si la situación de necesidad debe ser provocada con dolo o imprudencia, por lo que la justificación podría quedar excluida en ambos casos (De la Rúa y Tarditti, 2014). Tampoco es “extraño” quien tiene el deber legal de soportar el peligro. Pero la justificación se le concede cuando la desproporción de los males es muy elevada. Por ejemplo, durante un incendio, el bombero puede elegir salvar su vida a costa de no salvar otro bien menor (Righi, 2019).

C.1.b Elementos subjetivos

Dentro de las posturas existentes en relación al elemento subjetivo, se pueden identificar tres corrientes. La primera no exige la concurrencia de elemento subjetivo para que concurra el e.n.a. Para Rusconi y Kierszenbaum (2020) solo deben concurrir los elementos objetivos, pues afirman que penar a alguien que hizo algo objetivamente correcto, solo porque no tuvo buenas intenciones, es quebrar el orden constitucional.

La segunda posición establece que el aspecto subjetivo es exclusivamente el conocimiento. En esta línea, De la Rúa y Tarditti (2014) exigen que quien realice la acción necesitada conozca los elementos objetivos de la justificante. De igual modo, para Mir Puig (2011) es suficiente el conocimiento del e.n.a. Aclara que no es preciso que el salvamento constituya el único motivo del hecho, sino que puede existir con otras motivaciones, incluso ilegítimas. En caso de no concurrir el elemento subjetivo se aplican las reglas de la tentativa inidónea, por subsistencia del desvalor de la acción.

La tercera posición exige conocer los elementos objetivos de la justificación y tener la intención de producir el salvamento como único motivo de la actuación.

C.2. Estado de necesidad defensivo

En el e.n.a., la acción salvadora pone en peligro o daña bienes jurídicos ajenos al conflicto existente. En cambio, en el estado de necesidad defensivo (en adelante, e.n.d.) el sujeto legitimado para defenderse con su acción afecta el bien jurídico del que proviene el peligro (De la Rúa y Tarditti, 2014).

Hirsch (2011) informa que se trata de supuestos de hecho donde el peligro que se repele surge directamente de la víctima, es decir, del afectado por la acción en estado de necesidad. Afirma que su punto central radica en que el e.n.d. permite justificar un homicidio doloso. Este autor considera, al igual que Roxin (1997) que esta justificante tuvo hasta el momento un tratamiento periférico porque no se la delimita correctamente de otra justificación: la legítima defensa.

En el derecho alemán, esta causa de justificación se encuentra regulada expresamente en el Código Civil, en el §228. Es la única fórmula legal que lo recepta y regula la situación de conflicto entre cosas. Para Roxin (1997), el e.n.d. del derecho civil es una concreción del estado de necesidad justificante contemplado en el Código Penal (§34 StGB). Por tal razón, entiende que no es una causa de justificación autónoma, sino un parámetro más a valorar dentro de la ponderación de intereses del estado de necesidad agresivo del §34 StGB.

Asimismo, Roxin (1997) sostiene que en el caso de que concurran simultáneamente los requisitos del estado de necesidad agresivo del Código Civil (§904 BGB) junto con los del estado de necesidad defensivo del Código Civil (§228 BGB), tendrá prioridad este último porque por regla general desaparecerá el deber de indemnizar que contempla el agresivo civil.

En este sentido, en la justificación analizada es posible que la ponderación de intereses no recaiga sobre el bien más valioso en juego. El motivo de ello, es el origen del peligro desde la esfera del objeto de injerencia. Roxin (1997) establece que nadie tiene que soportar indefenso amenazas externas, incluso aunque hayan sido causadas de modo no imputable, porque el que pone en peligro no tiene un derecho de injerencia (p. 706).

C.2.a Elementos objetivos

Roxin (1997) comprende que si el peligro tiene origen humano se deben tratar por “regla absolutamente general conforme a los principios de la legítima defensa” (p. 705). Por ello, remarca que no es precisa la aplicación analógica del §228 BGB para peligros provenientes de seres humanos, solo la acepta frente a peligros provenientes de cosas.

En esta línea, Roxin (1997) enumera cuatro excepciones en las que la defensa frente a un peligro humano debe tratarse bajo el e.n.a. (§34 StGB): 1) la amenaza que procede de un supuesto de falta de acción; 2) la puesta en peligro creada por un comportamiento diligente, por falta de antijuridicidad, 3) la perforación; y 4) legítima defensa preventiva, donde falta la actualidad de la agresión. El autor considera que en estos casos puede ser inevitable una ponderación de vida contra vida, que es inadmisible en otros supuestos. Con el término perforación los autores alemanes hacen referencia a los casos en los que se debe dar muerte a la persona por nacer al momento del parto para

salvar la vida de la persona gestante. Jakobs (2007) critica la solución de Roxin cuando sostiene que se debe aplicar el estado de necesidad agresivo, ya que cuando este afirma que el niño pone en peligro a la madre, está realizando una valoración socapada de responsabilidad, ya que a entender de Jakobs quien asigna conflicto, formula responsabilidades. En este caso, Jakobs (2007) considera que se puede justificar la situación de conflicto, si se define como propia del ámbito de incumbencia del niño, a partir del estado de necesidad defensivo. Ya que si aún esquivando el peligro no puede evitarselo, será válida la aplicación del e.n.d. incluido dentro del §34 StGB, como un criterio de ponderación más junto a otros.

Por último, Roxin (1997) afirma que se puede ejercer un e.n.d. a favor de terceros. Entiende que en esta justificación se combinan dos principios: el de autoprotección y ponderación de bienes. Se excluye, en cambio, el principio de prevalencia del Derecho, por falta de un agresor personal (Roxin, 2002, p. 79).

Jakobs (2017), por su parte sostiene que en el e.n.d. se invierte la proporcionalidad: la persona amenazada por el peligro puede intervenir en los bienes del responsable, en el marco de lo necesario, destruyendo más de lo que salva (p. 520). La razón es que el afectado hace emanar el peligro de su ámbito de competencia. La comparación la realiza con el estado de necesidad agresivo del Código Civil alemán, donde debe preponderar sustancialmente el interés salvaguardado sobre el afectado, que es ajeno al peligro (§904 BGB).

Este autor (2017) reconoce que del §228 BGB solo se regula el peligro proveniente de cosas, pero sostiene que en e.n.d. se puede dar muerte a la persona de la que surge el peligro (Frister, 2016; Hirsch, 2011). Jakobs ubica aquí el problema de las agresiones de personas que actúan inculpablemente, sobre las que, conforme su posición, no cabe legítima defensa (p. 521).

Según Jakobs, el principio que fundamenta esta justificación no es el de solidaridad, sino el de responsabilidad. También lo denomina del “ocasionamiento”, que este autor coloca el fundamento del e.n.d. en este principio justifica porqué, mediante esta causal, se puede justificar hasta a un resultado mortal de la víctima de la injerencia.

Con relación al principio de responsabilidad, Jakobs (2017) expresa que es el reverso del poder de organización del ámbito de dominio. Sostiene que la acción en e.n.d. está permitida siempre que se pueda observar como una consecuencia de la configuración del ámbito de organización del responsable (víctima de la injerencia) (p. 521).

Para Hirsch (2011) ante el e.n.d. se está frente a un peligro que no tiene por qué basarse en un comportamiento antijurídico sino que puede obedecer a una fatalidad (Hirsch, 2011, pp. 110, 119 y 130). Según afirma, en el e.n.d. subyace el principio de proporcionalidad. Ello implica que se deberá ponderar en concreto no sólo el peso de los bienes en colisión y el grado de peligro, sino también la circunstancia de que el peligro parte del objeto del ataque. Por eso, concluye que puede de la valoración resulte que el interés preponderante recaiga sobre un bien jurídico del mismo valor que el que se afecta con la acción defensiva, o incluso, de menor valor del bien jurídico al que se perjudica (p. 275).

Sin embargo, Hirsch (2011) sostiene que las consecuencias desfavorables de la acción defensiva deben guardar, en concreto, equilibrio con las que amenazan a producirse (p. 133). Plantea que, en casos de culpabilidad previa, es decir la provocación del e.n.d. por parte de quien acciona, debe ser valorado en la ponderación de las circunstancias del caso concreto.

Por otro costado, Frister (2016) considera que en las consecuencias existe unidad de criterio acerca de que más allá de la regulación del §228 BGB, existe un derecho general al e.n.d., por lo que se encuentra regulado en la ley sólo parcialmente. Razona que el legislador alemán creyó poder limitarse solo a la defensa contra las cosas, porque asumió que los peligros provenientes de conductas humanas podían ser repelidos con la legítima defensa. Pero dado que la legítima defensa exige una causación del peligro imputable subjetivamente, hay casos de peligro que no se pueden abarcar de esa forma (p. 354).

El autor critica a la concepción dominante que aplica al e.n.d. la regulación del §34 StGB en los casos de peligros humanos. Sostiene que aquellos solo tienen en cuenta el origen del peligro al momento de la ponderación de intereses. Para Frister (2016), la forma de razonar de la posición descrita lleva a una confusión que no demuestra, a su entender, la diferencia entre repeler peligros en sentido agresivo y defensivo. Por ello su opinión es que es preferible describir al e.n.d. como una causa de justificación autónoma. Para ello, generaliza la idea regulada del estado de necesidad defensivo del Código Civil alemán (p. 354).

Frister enumera los elementos del e.n.d. El primer elemento es la situación de necesidad, que presupone: por un lado, a) un peligro para un bien jurídico proveniente de la esfera jurídica de una persona, que a su vez es valorado como injerencia en una esfera jurídica ajena. Una situación de e.n.d. presupone un peligro jurídicamente desaprobado, que existirá si el titular de la esfera jurídica está obligado a impedir el surgimiento del peligro, dentro de sus posibilidades. Por otro lado, b) la inmediatez del peligro sobre el bien jurídico. Implica una situación de peligro “aguda” que autorice el quebrantamiento del monopolio estatal del uso de la fuerza. La actualidad del peligro debe medirse, según Frister, del mismo modo que lo requiere el instituto de la legítima defensa (p. 355).

Frister (2016) establece que el segundo elemento del estado de necesidad defensivo se refiere a los requisitos de la acción que repele el peligro: a) la acción puede recaer sobre cualquier bien jurídico del responsable, pues el derecho a repeler peligros no se basa en la responsabilidad de un objeto, sino en la de una persona por su propia esfera jurídica. Entonces, la medida defensiva también puede dirigirse contra objetos de los que no proviene el peligro; b) la acción debe ser necesaria, o sea, apropiada para repeler el peligro y la menos lesiva. En el e.n.d. la huida debe ser valorada como medio menos lesivo; c) debe existir una falta de esencial preponderancia del interés menoscabado como resultado de la ponderación de intereses en el caso concreto. Ello demuestra que el parámetro de ponderación es el opuesto al del e.n.a. Frister (2016) afirma que esta inversión de parámetros se explica porque en el e.n.d. “lo que se basa en la idea de solidaridad entre los hombres no es el derecho a realizar una injerencia, sino su limitación” (p. 358). Entonces, solo se debe renunciar a repeler una injerencia que proviene de una esfera jurídica de otra persona, si a esta persona se le irrogaría un daño desproporcionado o esencialmente más grave que el que amenazaba a producirse. El último requisito de la acción en e.n.d. es d) adecuación.

Frister (2016) sostiene que, aunque no esté regulado legalmente, en esta justificación se debe respetar la función de ordenamiento de competencias y procedimientos. Por ejemplo, una sentencia judicial solo se puede atacar con los remedios jurídicos establecidos a tal efecto (pp. 357 a 360).

Bacigalupo (2007) reconoce el e.n.d. Comenta que el art. 118.1 del Código Penal español contempla la obligación de indemnizar al titular del bien jurídico que se afectó con la acción defensiva. Sostiene que tal obligación sólo puede ser exigida para los casos de e.n.a., pero no para el e.n.d. La diferencia se justifica porque en este último, el peligro de daño es consecuencia de cosas pertenecientes al que tiene que soportar la acción defensiva. Por eso, afirma que es preciso establecer reglas diversas para el e.n.d. y el e.n.a (Bacigalupo, 2007, p. 374).

Por otro lado, Luzón Peña (2018) interpreta que el e.n.d. es una eximente intermedia entre la legítima defensa y el estado de necesidad (p. 610). Plantea que si una conducta que afecta a bienes jurídicos individuales no es dolosa, no puede aplicarse la legítima defensa. En razón de que ante la imprudencia no es necesario imponer la función intimidatoria de la legítima defensa. Luzón Peña comprende que el e.n.d. permite causar un mal algo mayor a la fuente de peligro que no llega a ser una agresión ilegítima. Pero entiende que no debe ser no desproporcionadamente mayor.

Dentro de la doctrina nacional, De la Rúa y Tarditti (2014) son de los pocos autores argentinos que formularon su postura de manera expresa en relación al e.n.d. Según manifiestan existen opiniones que no lo reconocen (p. 33). Plantean que, por un lado, para salvaguardar un bien jurídico de un peligro se puede realizar una acción típica contra un bien jurídico ajeno a ese peligro (e.n.a.). Señalan, por otro lado, que la actuación de necesidad se dirige en contra de un bien jurídico que de alguna manera es responsable del peligro que se busca evitar (e.n.d.). Como ejemplo, mencionan el empujón que lesion a una persona que cae desmayada, para evitar que nos caiga encima (p. 33).

De la Rúa y Tarditti (2014) consideran que la distinción entre el e.n.a. y el e.n.d. no surge expresamente del art. 34 inc. 3 CP. Pero sostienen que tampoco existe en ella nada que permita rechazar que ambos conflictos pueden ser comprendidos.

En tercer lugar, De la Rúa y Tarditti (2014) abordan la diferencia entre el e.n.d. con relación al e.n.a. En la primera no se exige que se salvaguarde un interés prevaleciente. En este sentido, coinciden con Jakobs en que no es necesario salvar el interés preponderante porque prevalece el interés por “sobre quien es responsable del peligro” (p. 34).

En cuarto lugar, De la Rúa y Tarditti (2014) afirman que e.n.d. contiene una semejanza con la legítima defensa: “(...) se utiliza el criterio de la responsabilidad o imputación del conflicto a la víctima, para considerar justificadas por necesidad las situaciones de equivalencia de males o incluso con una proporción invertida” (p. 34). Por último, no rechazan la posibilidad de una regulación legal específica del e.n.d. Aún así, sostienen que la fórmula actual genérica donde ellos lo ubican (art. 34 inc. 3 CP) contempla legitimidad en todo caso de evitación del mal mayor.

Donna (2008) observa que sobre el e.n.d. que no se limita a bienes jurídicos y peligros amenazantes y que la acción de defensa recae sobre un bien jurídico que no es ajeno al conflicto. Valora que esta justificación es cercana a la l.d., pero tiene

características propias. Sostiene que el e.n.d. es una justificación ubicada entre la l.d. y el e.n.a., y, por ello, exige una regulación propia (Donna, 2008, p. 152).

Por otro lado, Donna (2008) establece que la justificante defensiva aplica a peligros provenientes de cosas, animales y personas, en las que incluye a las inimputables. Rescata de Jescheck y Weigend que la defensa que otorga este instituto no se basa en la idea de salvar al bien más valorado, sino en el derecho natural a la defensa del interés amenazado (p. 277). Además, comparte con Hirsch que a nadie se le puede exigir jurídicamente que ante la alternativa de morir por un ataque que objetivamente lo afecta, elija ser víctima (p. 279). Al contrario, la protección de la vida del amenazado tiene un rango mayor frente a la protección de la vida de aquel del cual surge inmediatamente la amenaza. Por ello, concluye citando a Hirsch que “al recurrirse al estado de necesidad defensivo justificante no se amplía la autorización reactiva, sino que precisamente se la restringe” (p. 279).

Por último, Palermo (2007) reconoce capacidad de rendimiento al instituto analizado. Este autor sostiene que se deben justificar como e.n.d. aquellos casos en los que el agresor sea una persona inculpable y los casos de provocación suficiente de la situación de l.d. En este caso el agredido solo puede reaccionar en e.n.d. (Palermo, 2007, p. 380). Para Palermo (2007), la l.d. solo se explica si el conflicto le es enteramente imputable al agresor, lo que no sucede en la provocación porque el agredido también ha creado la situación de necesidad. Entiende que, en los casos de amenazas constitutivas de chantaje tampoco se da una situación de l.d., sino de e.n.d. (p. 381). Afirma que el chantaje no constituye una agresión inminente sino un peligro actual.

C.2.b Elementos subjetivos

El e.n.d. no gozó de la misma atención en comparación al brindado a otras justificaciones (v.gr.: la legítima defensa). No obstante, si se lo acepta como una causa de justificación, pueden ser de aplicación las posturas analizadas en los puntos II. B.2 y II. C.1.b., con relación a sus elementos subjetivos.

Frister (1977) entiende que solo se debe exigir el conocimiento de las circunstancias que fundamentan la justificación objetiva. Por otro lado, Hirsch (2011) sostiene que sí es necesario que concurra el elemento subjetivo en el estado de necesidad defensivo, y con relación a su alcance establece:

Una conciencia que abarque más, referida a los múltiples y difíciles puntos de vista valorativos, significaría exigir demasiado subjetivamente a las personas cuyo comportamiento se va a justificar, restringiendo demasiado el permiso de modo inapropiado. (...) Si no se tiene en cuenta la intencionalidad, falta el vínculo subjetivo que une al autor con el fundamento de la justificación (...) Por ello la voluntad de evitación del peligro tendrá que ser considerada como irrenunciable también en el estado de necesidad defensivo. (Hirsch, 2011, p. 137)

Roxin (1997) sostiene que el autor debe actuar con conocimiento de la situación justificante. La conciencia de actuar conforme a Derecho elimina el desvalor de acción y de resultado. También afirma que no es necesario corroborar la actitud interna, u otra motivación más, pues ello sería penar por la actitud interna, algo contrario al derecho penal de hecho. Por último, comparte con Jakobs (2007) que, cuando el sujeto actúa

objetivamente de manera correcta, pero no conoce la situación justificante, falta el elemento subjetivo, entonces existe una tentativa inidónea.

3. Toma de postura

En este apartado buscaré responder las dos preguntas planteadas al inicio. La primera se refería a si era posible ubicar al e.n.d. en la legítima defensa o en el estado de necesidad. Considero que la respuesta debe ser negativa.

El estado de necesidad defensivo no se encuentra incluido en la legítima defensa ni en el estado de necesidad agresivo. Entonces, entiendo que el e.n.d. es una causa de justificación autónoma. Una razón para sustentar su autonomía es que los principios que la regulan son diferentes a los que sistematizan la l.d. y el e.n.a. —expuestos en el punto II—.

Como vimos, algunos autores incluyen al e.n.d. dentro del e.n.a., en el art. 34 inc. 3 CP. Pero el principio de solidaridad, que fundamenta al e.n.a., no es aplicable al e.n.d. por dos motivos. En primer lugar, por lo que supone el concepto de solidaridad en la justificación: la víctima de una acción de necesidad es solidaria porque soporta que con sus bienes se repela un peligro al que aquella es ajena. Esto es lo que puntualmente no se verifica en el e.n.d. Por el contrario, en la situación de e.n.d., el peligro emana directamente del bien jurídico que se afectará con la acción necesitada.

Podemos identificar junto a Palermo (2008) al afectado por una acción en e.n.d. como una persona “desorientada”, que carece de culpabilidad, pero que puede imputársele objetivamente el conflicto. Por ello, al emanar el peligro del afectado, no soportará la acción defensiva a título de solidaridad, sino por responsabilidad.

A su vez, los límites de la acción defensiva serán diferentes en el e.n.a. y en el e.n.d. En este último, serán más amplios porque se afectará al bien jurídico del que emana el peligro. Así es como resulta razonable que pese sobre el desorientado la solución del conflicto que él mismo produjo en otra esfera de dominio.

Otra razón para rechazar el principio de solidaridad en el e.n.d. es la proscripción de ponderar vida contra vida. Nadie puede verse obligado a sacrificar su vida para que otro salve la suya, bajo términos de solidaridad en situaciones de necesidad. Exigir tal obligación implicaría negar el derecho a la autonomía y dignidad humana. En cambio, en el e.n.d. se reconoce, de manera excepcional, que se puede dar muerte a la persona que origina un peligro que no se puede evitar de otra manera.

En otras palabras, en las hipótesis de e.n.d., la persona de la que surge el peligro interfiere en un ámbito de organización ajena, y, por ello, es que si no logra por sí misma quitar ese peligro, debe soportar las consecuencias lesivas de quien se defiende retirándolo de su esfera de dominio. Esto incluye la muerte del desorientado, si el afectado no puede salvarse de otra manera. Esto es lo que da sostén a la proporcionalidad invertida.

De tal manera es que considero que los fundamentos del e.n.a. no son aplicables al e.n.d., ya que se apoyan sobre principios distintos. Esto se verifica en un supuesto que el e.n.d justifica lo que el e.n.a no: la muerte de la persona desorientada de la que surge el peligro, diferencia esencial con una víctima ajena solidaria.

Ahora me ocuparé de los principios de la l.d. Como vimos, la doctrina es pacífica respecto al doble fundamento de la l.d.: individual y supraindividual, también conocidos como de autoprotección y de prevalecimiento del derecho respectivamente.

Comparto con Palermo (2007) que el principio que fundamenta al e.n.d. se denomina de ocasionamiento, según lo establece Jakobs (2007). Este define la situación de necesidad defensiva como aquella en la que el atacante carece de capacidad de culpabilidad. Y por ello, si bien no se lo considera enteramente responsable del conflicto, como a un agresor de la l.d., sí se afirma que lo ocasionó objetivamente.

Adhiero a la idea de que la culpabilidad es un concepto que constituye al de agresión. Quien carece de culpabilidad no expresa contenido jurídico relevante con su accionar. La persona inculpable no puede ser definida como agresora porque no infringe la norma (Palermo, 2007), ya sea porque no le es exigible o porque le es inaccesible.

Mi toma de postura indica que los afectados por la acción defensiva, en el l.d. y en el e.n.d. no son idénticos. El agresor de la l.d., como vimos, es enteramente responsable del conflicto, por lo que tendrá un derecho mínimo a la solidaridad. En cambio, el desorientado posee una responsabilidad menor que el agresor de la l.d. por lo que tendrá derecho a un mayor grado de solidaridad por parte de quien se defiende.

Por tanto, el principio de predominio del Derecho que fundamenta la l.d. no se aplica a la persona desorientada que genera la situación de e.n.d. Así, la idea de que el Derecho no debe ceder ante lo injusto no encuentra espacio en la justificación defensiva, por los fundamentos que expondré a continuación.

Con relación al principio supraindividual observo, con base en la postura de Palermo (2007), una fundamentación normativista de la justificación. Esta postula que la l.d. transcurre en un mundo de expectativas normativas —comunicación personal, que puede entenderse en términos deontológicos—, en contraposición a las expectativas cognitivas —comunicación instrumental, que puede entenderse en términos consecuencialistas— (Peñaranda Ramos, 2000). Esta diferencia entre expectativas cognitivas y normativas es tomada de la teoría de los sistemas sociales del sociólogo Niklas Luhmann (Peñaranda Ramos, 2000, p. 305 y s.).

Así, conforme explica Palermo (2007) la agresión puede ser definida de dos maneras: cognitivamente, como un riesgo de lesión para los bienes jurídicos del agredido. En cambio desde una perspectiva normativista, la agresión es la defraudación de una expectativa de un comportamiento jurídicamente garantizado (Palermo, 2007, p. 377).

Una postura que se dirige a satisfacer expectativas cognitivas, no considera la existencia de un conflicto jurídico, sino una lucha de intereses fácticos: la situación de necesidad es vista como un hecho de la naturaleza. El autor explica que “el agresor al arrogarse el ámbito de organización del agredido, tiene la obligación de retirar esa organización peligrosa” (p. 378). Frente a la falta de cumplimiento de tal obligación, es que el agredido sustituye en su lugar al agresor y retira por sí mismo la agresión que debía quitar este. El agredido con su reacción mantiene contrafácticamente la expectativa normativa. La legítima defensa de esta manera, cumple la función de restablecer la relación intersubjetiva que como ciudadanos tienen el agresor y agredido.

Con apoyo en la posición normativista, entiendo que el principio supraindividual no encuentra lugar para ser aplicado a la persona “desorientada” del e.n.d., que afecta bienes de terceros. Como vimos, no es agresor quien carece de culpabilidad. Frente a la persona que le es inexigible y/o inaccesible la norma no es necesario hacer prevalecer el Derecho.

La agresión posee un significado social, que va más allá de su análisis como comportamiento que perjudica bienes. Será agresor el que se aleje de lo mínimo que

debe garantizar un ciudadano fiel a las normas: no hacer nada que lesione a otro en su autonomía personal (“*neminem laedere*”). Agrede quien decide apartarse de su rol general de ciudadana/o dentro del orden social, en infracción a sus deberes negativos, arrogándose un ámbito ajeno de organización, que comunica una defraudación de la expectativa normativa de no lesión a otras esferas jurídicas

Intentaré corroborar si el principio de prevalecimiento del Derecho es inaplicable al e.n.d. a partir de un ejemplo práctico: “X” es esquizofrénica/o y sufre un estado agudo de desorientación dentro del cajero ubicado dentro de un banco. A su lado se encuentra “Y”. “X” la/o ataca porque cree que “Y” la/o va a matar. “Y” posee un arma de fuego que podría utilizar para defenderse. Pero considera seguro huir del lugar, pues está cerca de la salida, y afuera hay personas que podrían auxiliarlo. “Y” logra escapar, llamar a la policía e informar la situación vivida con “X”, quien es trasladada/o a una institución de salud.

¿Podemos decir que es necesario reafirmar el Derecho ante la conducta de “X”, mediante una acción de l.d.? La respuesta debe ser negativa. En el caso propuesto el/la atacante, no logró comprender ni dirigir su acción, esto es, no logró cumplir su rol de ciudadana/o fiel a las normas porque su trastorno le impidió seguir las como modelo de orientación para el contacto social. Por tanto, frente a “X” no se debe hacer prevalecer el Derecho. Roxin (1997) incluso, que aprueba la legítima defensa para agresiones inculpables, sostiene que el principio de prevalecimiento del Derecho no puede regir para los niños y enfermos mentales, porque el ordenamiento jurídico no necesita imponerse a las personas que no pueden motivarse por las normas infringidas por ellos.

Coincido con Peñaranda Ramos (2000) en que, si lo que al Derecho Penal específicamente le importa, y en contra de lo que reacciona, es a la desautorización de la vigencia de la norma, será entonces decisiva la culpabilidad.

En mi toma de postura, excluir a los ataques provenientes de una persona inculpable del ámbito de la l.d. y tratarlos con la justificación que provee el e.n.d., no significa dejar sin derecho de protección a quien se encuentre afectado en una situación de e.n.d. (En contra de la postura aquí mantenida: Núñez, 1985; Roxin, 1997; Nino, 2022).

Considero que, ante peligros provenientes de inculpables, el ordenamiento jurídico no debe habilitar el ejercicio del derecho a defenderse enérgica y ampliamente que ofrece la l.d., pues no convoca la falta de capacidad de culpabilidad al principio de prevalecimiento del Derecho. *Ergo* no se requiere la ratificación del ordenamiento jurídico. Por ello adhiero a que en tal caso, luce más justo para la persona en contra de quien se ejerce la justificación, permitir la defensa mediante el e.n.d., sin pérdida de derechos tampoco por el lado del agredido.

En este sentido, la acción de e.n.d. puede ser ejercida bajo los lineamientos de la teoría de los tres niveles (Hilgendorf et al., 2017; Rusconi et al., 2020). Este marco conceptual exige que la acción defensiva, para estar justificada, pase por los siguientes estadios: a) Primer nivel -elusión-: la persona agredida, a diferencia con lo que ocurre en la l.d., debe intentar eludir el ataque o escaparse; y en caso de que no lo logre podrá pasar a b) Segundo nivel -protección defensiva-: la persona agredida debe limitarse a medidas de protección defensivas, y en caso de que tampoco tenga éxito puede ejercer c) Tercer nivel -defensa activa-: la persona agredida recién en esta etapa podrá defenderse activamente, con aplicación del medio menos lesivo que tenga a disposición.

Asimismo observo que ejercer una acción de e.n.d. ofrece coherencia con relación a un postulado básico de otra justificación y es que el instituto de la l.d. posee carácter subsidiario. En este sentido, contar con una justificación que regula la ejecución de su acción defensiva en grados progresivos, permite la posibilidad de que se den resultados menos lesivos (o incluso sin lesión a los bienes jurídicos del afectado por la acción, si se logra eludir el peligro con la huida) que los que pueden surgir de ejercer una acción de l.d. Por ello considero que resulta un instituto valioso para casos de ataques provenientes de personas inculpables.

La otra pregunta planteada en la introducción: si resulta necesario una reforma que introduzca de manera expresa el e.n.d. Por las razones que he expuesto, considero necesario legislar de manera autónoma al e.n.d. dentro del artículo 34 CP. El instituto posee una fundamentación distinta al resto de las justificaciones reguladas y sus límites serían diferentes a los establecidos para la l.d. y el e.n.a.

Esta solución de *lege ferenda* ofrecería mayor seguridad jurídica dentro de la teoría de las autorizaciones. Quien se defiende debe conocer el límite de la causa de justificación que le permite ejecutar un hecho típico: el comportamiento justificado se tolera porque se tiene en cuenta el contexto en el que se ejecuta (Jakobs, 2007). Así como a una persona en situación de e.n.a. se le informa de qué manera debe ejercer su acción —ponderando bienes y grados de males—, también a una persona agredida —l.d.— se le indica que se proteja individualmente sin proporcionalidad, puesto que lucha contra una agresora que por su decisión quita protección a sus propios bienes jurídicos, y su defensa también protege al Derecho. En el e.n.d. se le comunica a quien se defiende que ante la fuente de peligro humana, sin culpabilidad, no tiene permitido defenderse —al menos inicialmente— con la amplitud de la l.d., puesto quien actúa es inculpable y por ello no decide afectar a quien se defiende, y tal contexto no debe desatenderse. Todo esto debe ser plasmado en una legislación que contemple de manera separada las tres hipótesis de justificación.

4. Conclusión

A lo largo de este trabajo pretendí demostrar que dentro de la teoría de las autorizaciones, el e.n.d. tiene características y funciones propias. Estas ofrecen razones para su reconocimiento como causa de justificación autónoma.

Así se sostuvo que la l.d. se encuentra regulada en el art. 34 inc. 6 y 7 del CP, y la fundamentan el principio supraindividual e individual. Por su parte el e.n.a. se encuentra regulado en el art. 34 inc. 3 del CP, y se fundamenta por los principios de interés preponderante y solidaridad. Por último, el e.n.d. no encuentra regulación expresa en el Código Penal Argentino, se encuentra fundamentado por el principio de ocasionalamiento y en este trabajo se tomó la postura de que es necesaria una reforma que lo introduzca de manera expresa.

5. Referencias bibliográficas

- Bacigalupo, E. (2007). *Derecho Penal, Parte General* (2a ed., 1a reimp.). Hammurabi.
- De La Rúa, J., & Tarditti, A. (2014). *Derecho Penal. Parte General* (Vol. 2, 1a ed.). Hammurabi.
- Donna, E. A. (2008). *Derecho Penal, Parte General* (Tomo III, Teoría general del delito-II). Rubinzal-Culzoni.
- Fletcher, G. P. (1977). La proporcionalidad en la defensa y el agresor psicótico: una viñeta en la teoría penal comparada. *Doctrina Penal*, 1(0), pp. 73-101.
- Frister, H. (2016). *Derecho Penal, Parte General* (1a ed., 1a reimp.). Hammurabi.
- Hilgendorf, E., & Valerius, B. (2017). *Derecho Penal. Parte General* (1a ed.). Ad-Hoc.
- Hirsch, H. J. (2011). *Derecho Penal, Obras Completas* (Tomo V, 1a ed.). Rubinzal-Culzoni.
- Jakobs, G. (2017). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (2a ed.). Marcial Pons.
- Luzón Peña, D.-M. (2018). *Derecho Penal. Parte General* (3a ed.). Bdef.
- Mir Puig, S. (2011). *Derecho Penal. Parte General* (9a ed.). Editorial Reppertor.
- Nino, C. S. (2022). *La Legítima Defensa. Fundamentación y régimen jurídico* (5a imp.). Astrea.
- Núñez, R. C. (1985). *Tratado de Derecho Penal. Tomo Primero. Parte General* (2a ed.). Marcos Lerner.
- Palermo, O. (2008). Aspectos de la justificación penal una dogmática normativista. En E. Montea legre Lynett & J. A. Caro John (Eds.), *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo* (pp. 457-478). Universidad Externado de Colombia.
- Palermo, O. (2007). *La legítima defensa. Una revisión normativista* (1a ed.). Hammurabi.
- Peñaranda Ramos, E. (2000). Sobre influencia del funcionalismo y la teoría de sistemas en las actuales concepciones de la pena y del concepto del delito. *DOXA. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (23), pp. 289-321.
- Peralta, J. M. (2012). Dolo, intención, y derecho penal de acto. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, (5), 40-55.
- Pessoa, N. R. (2001). *Legítima defensa*. Mave.
- Righi, E. (2019). *Derecho Penal, Parte General* (2a ed., reimpr.). Abeledo-Perrot.
- Roxin, C. (1997). *Derecho Penal, Parte General (Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito)* (D. M. Luzón Peña, Trad.; 2a ed.). Civitas.
- Roxin, C. (2002). *Política criminal y sistema del derecho penal* (F. Muñoz Conde, Trad.). Hammurabi.
- Rusconi, M., & Kierszenbaum, M. (2020). *Elementos de la Parte General del Derecho Penal* (2a ed.). Hammurabi.
- Soler, S. (1970). *Derecho Penal Argentino* (Tomo I, 4a ed.). Tipográfica Editora Argentina.

Vargas, M. A. (2022). No había bebidas, ¡Sino policías!, Sección 7: Antijuricidad: Causas de justificación. En V. Pedernera (Coord.), *Casos de jurisprudencia de la parte general de Derecho Penal, Comentarios para la práctica* (pp. 155-163). Alveroni.

Zaffaroni, R. E., Slokar, A., & Alagia, A. (2005). *Manual de Derecho Penal, Parte General* (1a ed.). Ediar.

