

Ariel Garin

Universidad de Buenos Aires

-

El presente trabajo se desarrolló en el marco del proyecto de investigación UBACyT —UBA Ciencia y Tecnología— N° 20020150200084BA, "Supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante", dirigido por el Prof. Dr. Marcelo D. Lerman.

El autor agradece especialmente al Prof. Dr. Marcelo D. Lerman y al Prof. Dr. Ivó Coca Vila por sus valiosos comentarios.

Sumario

-

El presente artículo se ocupa de responder a la interrogante respecto del alcance de la defensa que le corresponde a quien es atacado por una persona cuya conducta resultaría, a priori, exculpada. En primer lugar, se estudia la relevancia que tiene, frente a una situación inicial de idéntica amenaza para los intereses vitales de los intervinientes, el factor temporal en la adquisición de un mecanismo salvador; es decir, si dicho factor temporal puede incidir en la determinación de las posiciones jurídicas que van a ser consideradas al momento de analizar la conducta de los sujetos cuyos intereses vitales se ven confrontados. Luego, se examina el alcance que corresponde a las reacciones defensivas frente a un ataque que cabría considerar ilícito pero exculpado.

Abstract

-

This article deals with answering the question about the scope of the defense that corresponds to who is attacked by a person whose conduct would result, a priori, exonerated. In the first place, the relevance of the temporal factor is analyzed when defining the roles that are going to be considered at the moment of analyzing the behavior of the subjects that in a situation of equal risk can see their vital interests confronted. Then, the scope corresponding to defensive reactions to an attack that could be considered illegal but exculpated is analyzed.

Abstract

-

Der vorliegende Beitrag befasst sich mit der Frage nach dem Umfang der Verteidigungsrecht gegen den Angriff einer Person, dessen Verhalten a priori entschuldigt ist. Zunächst wird die Relevanz des zeitlichen Faktors für die Bestimmung der Rollen analysiert, die bei der Analyse des Verhaltens derjenige Subjekte berücksichtigt werden, deren lebenswichtige Interessen in einer für beide gleich gefährlichen Situation in Konflikt geraten. Anschließend wird der Umfang der Abwehrreaktionen auf einen Angriff analysiert, der als entschuldigtes Unrecht betrachtet werden kann.

Title: Defenses against exonerated attacks

Titel: Verteidigung gegen in entschuldigenden Notstand ausgeführte Angriffe

-

Palabras clave: Estado de necesidad exculpante. Principio de prioridad. Legítima defensa. Estado de necesidad defensivo.

Keywords: Defense of duress. Priority principle. Self defense. Defense of necessity.

Stichwörter: entschuldigende Notstand, Vorrangsprinzip, Notwehr, defensiver Notstand

1.2020

Recepción
24/4/2019

-

Aceptación
26/9/2019

-

Índice

-

1. Planteo de la cuestión

2. Prevalencia de la posición

3. Situaciones de necesidad: defensa frente a ataques en estado de necesidad excluyente de culpabilidad

3.1. Defensa exculpada: ¿estado de necesidad exculpante defensivo?

3.2. Defensa legítima: sobre la posibilidad de actuar en legítima defensa

3.3. Defensa proporcional: aplicabilidad del estado de necesidad justificante defensivo

4. Reflexión final

5. Bibliografía

1. Planteo de la cuestión

“Sufrimiento de la tripulación. Asesinato y canibalismo. Una de las más terribles historias jamás contadas de miseria y sufrimiento en el mar [...] Tres hombres y un joven armaron velas hacia Australia en un yate [...] Incapaz de sortear una tormenta, éste se hunde en medio del océano; solo hay tiempo para que la tripulación lance un pequeño bote y lleven consigo dos latas de conservas [...]

En el día dieciocho, al no haber consumido ningún tipo de alimento durante siete días ni agua durante cinco, y dado que su condición había empeorado, comenzaron a discutir la conveniencia de echar suertes sobre quién debería ser sacrificado para poder alimentarse los demás. Esto fue sugerido por el capitán [Dudley], pero Brooks no estuvo de acuerdo, argumentando que sería mejor para ellos morir todos juntos.

En la mañana del decimonoveno día, frenéticos por inanición, el capitán y su compañero [Stephens] sugirieron matar al chico Parker... él estaba sufriendo más que ellos ya que había bebido agua salada [...además] era solo un muchacho, sin responsabilidades, mientras que ellos eran hombres casados, con familias a su cargo. Sin embargo, Brooks se negó a formar parte en el asunto.

El capitán Dudley, después de proceder con una oración de perdón por el acto, se dirigió al joven y le dijo ‘¡Ahora, Dick, ha llegado tu hora!’, entre débiles llantos Parker respondió ‘¿Qué? ¡yo señor!’ Dudley afirmó ‘Sí, mi niño’ y acto seguido introdujo un pequeño cortaplumas en la vena yugular de Parker. Durante los siguientes cuatro terribles días continuaron viviendo del cuerpo de Parker...

El Capitán Simonsen, del Montezuma, afirma que en la mañana del día en que descubrieron el bote mirando al otro lado del horizonte, creyó ver una pequeña mancha... A medida que se acercaban, sin embargo, se sorprendieron al encontrar que era un bote con seres humanos quienes presentaban una espantosa imagen, parecían esqueletos vivientes”¹.

El conocido caso “La Mignonette”, muy recurrido en la filosofía moral anglosajona², revela una incógnita propia del análisis que nos permite efectuar el instituto del estado de necesidad exculpante: ¿debe el derecho, como representación social, disculpar la conducta de quien afronta una situación vital a costa de la vida de otro? En tal sentido, puede ser visto como la viva imagen del problema que subyace tras el hipotético caso de Carnéades³.

¹ De este modo fue relatado el famoso caso de “La Mignonette” en uno de los periódicos de la época: The Taranaki Herald, 20 de octubre de 1884, New Plymouth, Nueva Zelanda (traducción propia del idioma inglés).

² Véase en tal sentido: SANDEL, *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, 2012.

³ Con relación al caso de la tabla de Carnéades véase por ejemplo: LÓPEZ WARRINER, «Dos hombres y una tabla, ¿el problema de Carnéades?», *Revista de derecho penal y procesal penal (Dossier: supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante)*, (6), 2018, pp. 1152-1156. Como ejemplos de situaciones de estado de necesidad exculpante se suele recurrir también en la doctrina al caso de los dos psiquiatras del III Reich (véase: ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, pp. 177-192; al caso del *Leinenfänger* (véase: ROBLES PLANAS, «Caso del Leinenfänger», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, 2011, pp. 111-127; al caso Erdemovic (véase: CORNACCHIA, «Caso Erdemovic», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, 2011, pp. 591-611); al caso de la ley alemana de derribo de aviones (véase: ROBLES PLANAS, «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (Dir.), *Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, 2010, pp. 445-474.; CÓRDOBA, «Estado de necesidad y exclusión de la personalidad. La autorización para derribar un avión con pasajeros en caso de ataques terroristas (§ 14, III, Ley de Seguridad Aérea Alemana [LuftSig])», en BRUZZONE, (coord.), *Cuestiones penales: homenaje al profesor doctor Esteban J. A. Righi*, 2013, pp. 261-277; RODRÍGUEZ MANCENIDO, «El derribo de aviones, un caso complejo: sacrificar la vida de varias personas inocentes para salvar la de muchas otras más», en *Revista de derecho penal y procesal penal (Dossier: supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante)*, (6), 2018, pp. 1163-1178); al del homicidio de un ser humano para trasplantar sus órganos a varios pacientes (véase: HÖRNLE, «Matar para salvar muchas vidas», *InDret*, (2), 2010; al caso de la bomba de reloj (véase: GRECO, «Las reglas detrás

Los marineros fueron llevados a juicio en Inglaterra en el famoso caso *Regina v. Dudley and Stephens*⁴ en el cual el jurado, tras consultar la opinión de la Corte, resolvió declarar a los marineros culpables del delito de homicidio, siendo condenados en consecuencia a la pena de muerte. Al así resolver se dijo:

“Ahora se reconoce que la matanza deliberada de este indefenso muchacho, quien no pudo ofrecer resistencia, constituyó claramente un asesinato, a menos que el asesinato pueda ser justificado por alguna excusa reconocida y admitida por la ley. Se admite, además, que en este caso no existió tal excusa, a menos que el asesinato estuviera justificado por lo que se ha denominado “necesidad”. Pero la tentación al acto que existió aquí no era lo que la ley alguna vez ha llamado necesidad. Resulta ello lamentable. Aunque la ley y la moralidad no son lo mismo, y muchas cosas pueden ser inmorales pero no son necesariamente ilegales, sin embargo, el divorcio absoluto entre la ley y la moralidad tendría consecuencias fatales; y tal divorcio seguiría si la tentación de asesinar en este caso fuera considerada por la ley mediante una defensa absoluta de ella. Ello no es así. Preservar la propia vida generalmente es un deber, pero el sacrificio puede ser un deber más claro y más elevado. La guerra está llena de instancias en las que el deber del hombre no es vivir, sino morir [...]”

No es correcto, por lo tanto, decir que existe una necesidad absoluta o incondicional de preservar la propia vida [...] ¿Quién debe determinar este tipo de necesidad? ¿En qué medida se mide el valor de las vidas? ¿Debe tenerse en cuenta la fuerza, el intelecto, o qué? Es evidente que el principio le deja a quien se beneficiará de él determinar la necesidad que lo justificará al tomar la vida de otro para salvar la suya. En este caso, fue elegido el más débil, el más joven, el más indefenso ¿Era su muerte más necesaria que la de los otros? La respuesta debe ser ‘no’ [...]

No hay otro camino para los jueces más que el de cumplir la ley lo mejor que puedan y declararla según su criterio; y si en cualquier caso la ley parece ser demasiado severa para los individuos, dejar que el Soberano ejerza esa prerrogativa de misericordia que la Constitución ha confiado a la mano más apta para dispensarla...

Por lo tanto, es nuestro deber declarar que la acción de los prisioneros en este caso constituye un homicidio voluntario, que los hechos tal como se establecen en el veredicto no justifican legalmente el homicidio; y decir que en nuestra unánime opinión los prisioneros son, a la luz de éste especial veredicto, culpables de asesinato”⁵.

Dicho análisis tuvo en cuenta la posibilidad de justificar el homicidio bajo estado de necesidad pero, dada la inexistencia de una respectiva reglamentación en el derecho positivo, el Tribunal no entró a considerar una posible exculpación. Sin embargo, aclaró que correspondía al Rey el derecho a conceder indultos para los casos en que la pena resultase muy severa⁶.

Más de cien años después el criterio asentado en Inglaterra en el caso “La Mignonette” sigue aun totalmente vigente. Es decir, pocos se atreven a sostener que el homicidio, aun en tales casos excepcionales, podría justificarse⁷ pero, sin embargo, hoy las legislaciones penales en

de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», *InDret*, (4), 2007; entre muchos otros.

⁴ Un examen sobre la resolución del caso en: CHIESA, «La Mignonette», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, pp. 95-109.

⁵ 14 Q.B.D. 273, Queen’s Bench Division, 1884 (trad. propia). Tras ello, la condena fue reducida a seis meses de prisión por un indulto real (en nuestro derecho, conmutación de pena), conforme a la pena que había sido impuesta a personas en la misma situación en casos similares.

⁶ No cabe confundir el “indulto” con la “exculpación”. Brevemente, mientras la segunda funciona como excluyente de la culpabilidad bajo los fundamentos que se analizarán más adelante, el indulto excluye la punibilidad de la conducta culpable.

⁷ Aunque puede observarse una tendencia a admitir la justificación mediante estado de necesidad o legítima defensa para casos que han sido generalmente catalogados bajo la eximente del estado de necesidad exculpante. Así por ejemplo el caso de la justificación del derribo de aviones en el § 14, III de la Ley de Seguridad Aérea Alemana [LuftSig]) o la justificación de la tortura frente a situaciones de *ticking bomb* (véase, por ejemplo, LLOBET ANGLÍ, «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», *InDret*, (3), 2010).

general regulan una disculpa ya no en manos del soberano –aunque se suele reservar para éste la facultad de indultar– sino del juez⁸.

Tal disculpa, en las legislaciones liberales se presenta bajo la figura del estado de necesidad exculpante –o disculpante– conocida en los países anglosajones como *defense of duress*, que se distingue del estado de necesidad justificante –*defense of necessity*–.

En su desarrollo dogmático, la *exculpación* ha sido dotada de diversos fundamentos, en un principio desde la clásica *teoría de la presión psíquica* se brindaba una explicación basada en un motivo psicológico: el autor actúa bajo una anómala presión psíquica que excluye su capacidad de observancia de la norma y, por tanto, de comportarse conforme a derecho⁹. Aquí se pone énfasis en la idea de que cabría dar mayor relevancia al “instinto de autoconservación” por sobre la “motivación normativa”, complementada por una presunción de mal mayor –daño para la propia vida o de un allegado– y un mal menor –castigo futuro–, lo que necesariamente conduciría a la opción del mal menor¹⁰.

Sin embargo, el hecho de que tal relación empírica no permita responder satisfactoriamente a las preguntas relativas al porqué el derecho no disculpa a quien ocasiona la situación de necesidad o a quien posee un deber especial en la evitación de esa situación –entre otras–¹¹ abrió paso al desarrollo de un motivo *normativo*: la constatación de datos psíquicos no es suficiente para afirmar la culpabilidad del sujeto, es precisa una respectiva valoración de esa relación. Pero esta teoría tampoco pudo explicar adecuadamente el motivo por el cual se responde de diferente modo frente a quien ocasionó el peligro relevante para la situación en cuestión.

Sincréticamente se ha desarrollado la denominada *teoría de la doble disminución*: se sostiene que la culpabilidad se ve disminuida no sólo por un conflicto anímico que se presume en determinadas situaciones –sin admitir prueba en contrario– sino también por un injusto reducido que tiene lugar en razón de que el autor actúa para conservar un bien jurídico amenazado –valor de acción positivo–¹². Así tal teoría, aceptada ampliamente en la doctrina, continúa recurriendo a la afectación de la capacidad de auto-determinación para explicar la aplicación de la exculpación y es por ello que se le critica, entre otras cuestiones, que no es posible exculpar completamente un ilícito tan grave por una mera disminución de la capacidad de auto-determinación, siendo que por ejemplo cualquier daño a la propiedad será punible aun en casos de capacidad de culpabilidad disminuida¹³, por otra parte se argumenta que frente al otro no es posible explicar por qué una intervención en la esfera de sus derechos debe representar un ilícito menor debido a que *otro* sacará provecho de ello¹⁴.

⁸ Así, mientras el actuar bajo estado de necesidad exculpante –bajo diversos fundamentos que se analizarán a continuación– se regula como forma de obligatoria exclusión de la culpabilidad, frente a quien actúa de forma culpable solo subsistirá la posibilidad del indulto, por demás facultativa para quien tiene el poder de dispensarlo.

⁹ Véase BELING, *Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, 2002, pp. 66 ss.

¹⁰ “No puede haber, en efecto, ninguna ley penal que imponga la muerte a quien en un naufragio, corriendo con otro el mismo riesgo de muerte, le arroje de la tabla en la que se ha puesto a salvo, para salvarse a sí mismo. Porque la pena con que la ley amenazara no podría ser ciertamente mayor que la de perder su vida. En tal caso, semejante ley penal no puede tener el efecto pretendido; porque la amenaza de un mal, que es todavía incierto (el de la muerte por sentencia judicial), no puede superar al miedo ante un mal cierto (es decir, morir ahogado)”; KANT, *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., 1989, p. 46.

¹¹ Véase ROXIN, *PG I*, 2ª ed., 1997, p. 899, con otras referencias.

¹² Véase KAUFMAN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, pp. 156 ss.

¹³ Véase FRISTER, *PG*, 4ª ed., 2011, p. 388; con otras referencias.

¹⁴ Véase JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, pp. 688-690. En el mismo sentido, PAWLIK, «Una teoría del estado de necesidad exculpante», *InDret*, (4), 2015, p. 9.

Ello dio lugar a teorías fundadas en motivos *funcionalistas* que toman en consideración los fines preventivos de la pena: el sujeto será exculpado cuando, en virtud de la situación de necesidad existencial del autor, los fines preventivos –generales y especiales– de la pena no exijan un comportamiento conforme a la norma¹⁵. Si bien tales enfoques “rompen con el énfasis tradicional en los intereses de auto-conservación y muestran que no son esos intereses en cuanto tales, sino la fundamentación de su aceptación social, lo que hace posible la exculpación del autor en estado de necesidad”¹⁶, estas teorías tampoco han quedado libres de críticas.

Parte de la doctrina pone énfasis en el hecho de que la necesidad preventivo-general del repudio a la contradicción a la norma contenida en el delito sólo es la contracara de la reprochabilidad personal, es decir, aun en los casos de estado de necesidad exculpante el que falte una necesidad de pena preventivo-general dependerá de que esté excluido o atenuado el ilícito o la culpabilidad del autor. Por eso, desde ésta perspectiva se propone la existencia de otro elemento de la culpabilidad distinto a la capacidad de auto-determinación, es decir, la valoración negativa del hecho, desde la perspectiva del propio autor (inexigibilidad): “...el Derecho tiene que considerar que, según la imagen individualista del mundo que tiene nuestra sociedad, para cada individuo la propia existencia no sólo es más importante que la existencia del respectivo otro, sino que también debe ser más importante”¹⁷.

Por otra parte, se argumenta que la explicación político-criminal tiene base en la consideración extrínseca del problema, al enfocarse en la función preventiva de la pena no concibe al Derecho penal como la “existencia de la voluntad libre” sino que lo comprende en su papel de instrumento para la consecución de otro fin consistente en confirmar la identidad social. Por ello, Pawlik propone un análisis que tiene en cuenta la perspectiva intrínseca del asunto fundándose en una *teoría de la libertad* no sólo negativa sino además *positiva*: los miembros de una comunidad jurídica están obligados a respetar la “libertad negativa” de los otros pero el estatus de los miembros de una comunidad jurídica no está limitado a sus “libertades negativas”, el Derecho penal también reconoce sus “libertades positivas”, es decir, el interés de cada individuo en preservar su integridad personal. El reconocimiento de la “libertad positiva” de quien infringió una norma fundamenta la causa de exclusión de la culpabilidad del estado de necesidad exculpante¹⁸.

Como se destacó, la discusión en torno a casos de “vida contra vida” fue reclamando la positivización de causas de exculpación en los códigos penales modernos. Así, una de las primeras regulaciones amplias del instituto puede observarse en el primer párrafo del parágrafo 35 del Código Penal Alemán (StGB):

¹⁵ Desde una perspectiva preventivo-general positiva sostiene JAKOBS: “El punto de partida se ajusta, finalmente, también a la presunción legal de conflicto anímico. En la medida en que el comportamiento, en una consideración general, no es conforme a Derecho, pero sí socialmente adecuado, se puede renunciar a un análisis detallado de la motivación. El punto de vista rector es siempre el de si en la exculpación concreta el ámbito vital respectivo sigue siendo jurídicamente organizable, con otras palabras, el aspecto de prevención general”; JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 690. Véase asimismo ROXIN, *PG I*, 2ª ed., 1997, p. 898.

¹⁶ PAWLIK, *InDret*, (4), 2015, p. 11.

¹⁷ FRISTER, *PG*, 4ª ed., 2011, p. 389.

¹⁸ Véase PAWLIK, *InDret*, (4), 2015, pp. 13 ss. Véase asimismo LERMAN, «Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante», *InDret*, (1), 2017. Con todo, desde mi perspectiva, si bien el desarrollo de la teoría permite una mejor comprensión de la reacción traducida en las libertades de acción de ambos intervinientes, lo cierto es que la fundamentación requeriría necesariamente recurrir a una explicación extra: si el concepto “biografía de vida” debe ser entendido en su forma subjetiva, es decir, desde la propia perspectiva de quien se defiende, aun cuando dicha reacción ocasiona –de forma objetiva– un menoscabo mayor al que amenaza, entonces la verdadera fundamentación de la disculpa parecería ser la indulgencia con quien actúa bajo presión, y así nos acercaríamos –aunque parcialmente– a la teoría de la doble disminución (de opinión similar: SILVA SÁNCHEZ, «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, 2011, p. 225).

“Quien en un peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro para él, para un pariente o para otra persona allegada, actúa sin culpabilidad. Esto no rige en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque él estaba en una especial relación jurídica”.

La amplitud del artículo es tal que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina de los distintos países de tradición continental se suele acudir al mismo como fuente de interpretación. En efecto, conforme al StGB la aplicación de la exculpación requerirá entonces la constatación de un peligro actual (i), contra la vida, el cuerpo o la libertad (ii) y la inexistencia de otro medio más idóneo para evitar tal peligro: la acción debe ser necesaria (iii); siendo exclusivamente aplicable al afectado, su pariente o un allegado (iv), exceptuándose como beneficiario a quien deba tolerar el peligro (v)¹⁹.

Como se observa, la extensión con la que debe ser analizado el precepto resulta lo suficientemente amplia para abarcar la actuación de los supervivientes en el caso “La Mignonette”, máxime si entendemos que no resultaba alcanzable otro medio más idóneo para la preservación de sus vidas. Sin embargo, la regulación no es exhaustiva de cualesquier posibles supuestos que hipotéticamente se podrían presentar ni permite responder acabadamente otras cuestiones relevantes tales como: cuándo estaríamos ante un peligro actual, cuál es el fundamento de la limitación a la protección de ciertos bienes²⁰, en qué medida

¹⁹ Tomando por base el término “con el fin de evitar el peligro” mediante una interpretación textual se suele hacer referencia a un elemento subjetivo extra: la motivación. Así, señala ROXIN que aquél “debe haber estado por tanto motivado por la voluntad de salvar, de modo que el mero conocimiento de la existencia del peligro todavía no exculpa [...] Quien comete acciones conminadas con pena no para evitar el peligro, sino por impulso criminal precisa por razones tanto de prevención especial como general de una sanción” y propone como ejemplo el caso de quien como afiliado al partido nacional socialista comete delitos sin quedar exculpado porque el actuar de otro modo hubiese generado riesgos para su integridad física (véase ROXIN, *PG I*, 2ª ed., 1997, p. 910). Sin embargo, tal reflexión pasa por alto que la no aplicación de la exculpación se debe no a la falta de finalidad de evitar sino a la ausencia de otros elementos como la actualidad del peligro, la inexistencia de otros medios más idóneos o un deber de soportar. De presentarse la concurrencia de todos los elementos el sujeto debería ser exculpado.

Sin embargo, coincido con JAKOBS en cuanto señala que “hay que exigir sólo conocimiento de la situación de necesidad y del efecto de evitación, pero no que se obre para evitar” en tanto “la ley puede presumir una presión motivacional individual porque (y en la medida en que) la situación indisponible para el autor ya explica suficientemente la deslealtad al Derecho. Si p. ej., el esposo libera a su mujer, a la que no ama, de una situación como la del parágrafo 35 StGB, para no quedar como alguien que defrauda expectativas, el resultado de motivación es adecuado a la situación, y no se tiene en cuenta la génesis real de la motivación, aun cuando dicha génesis sea de un género en el que a la persona normal se le exige siempre obediencia al Derecho” (JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, pp. 693 y 596).

La discusión resulta interesante toda vez que llevando los fundamentos al extremo la solución podría variar terminantemente: volvamos al caso de los tripulantes de La Mignonette. Recordemos que Dudley y Stephens acordaron finalmente proceder con el homicidio de Parker argumentando que tenían familias a su cargo y que el menor tenía limitadas posibilidades de supervivencia. Conforme a ello, si tomásemos en consideración las finalidades expresas de la acción y concluimos que los primeros actuaron motivados en el cuidado de su familia y no en la protección de sus intereses vitales (aunque, controversial) cabría concluir en contra de la aplicación de la exculpante, lo que resultaría, al menos, contra-intuitivo. Sin intención de explayarme extensamente sobre el asunto, solo cabe destacar el riesgo que se corre si pretendemos exigir la “intención de evitar” como elemento de la norma de exculpación.

²⁰ JAKOBS sostiene que la agresión en protección de otros bienes podría ser atenuada por analogía “si el bien puesto en peligro se aproxima en importancia a los bienes mencionados, para la persona en peligro (sobre todo en relación con bienes insustituibles, que constituyen la obra de la vida de su poseedor: obras de carácter económico, científico y artístico) y el autor no es responsable de tener que soportar la pérdida. Ejemplo: un labrador estará parcialmente exculpado si en un incendio salva al ganado antes de despertar al mozo, que sufre por eso graves lesiones en las llamas” (JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 692). Véase asimismo: DIAS, «La tabla de Carnéades como *trolley problem* y la restricción de bienes en estado de necesidad exculpante», en *Revista de derecho penal y procesal penal (Dossier: supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante)*, (6), 2018, pp. 1119-1129.

resulta exculpada la salvación de una vida a costa de muchas otras²¹, qué deberíamos entender por allegado y cuál es el fundamento a su vez de dicha limitación²², quiénes deben tolerar el peligro²³ y hasta qué grado de peligro de producción de una muerte segura es razonable impedir la exculpación ¿puede el derecho imponer a una persona una obligación de sacrificarse? Por último, en lo que aquí interesa: ¿no deberíamos diferenciar el caso de quien ataca para obtener una posición de supervivencia respecto de la situación en la que actúa quien defiende una posición originaria –quien se ve favorecido de origen con el medio de salvamento–? Y consecuentemente ¿en qué medida estaría exculpada o justificada la conducta de quien se defiende de una agresión efectuada en situación de necesidad excluyente de culpabilidad?

Estas últimas interrogantes se analizarán en los siguientes apartados. En primer lugar (II) se ofrecerán argumentos para sostener la prevalencia del derecho de quien en un comienzo se encuentra en una situación ventajosa de forma tal que su reacción, frente al arremetimiento del segundo –quien actúa de forma antijurídica–, quedará no ya exculpada sino más bien justificada. Luego (III), tomaré posición en cuanto al fundamento que deberá preferirse al justificar dicha reacción, optando por la aplicación del estado de necesidad defensivo en las situaciones que evidencian una falta de configuración subjetiva de la amenaza por parte del sujeto que sirve como fuente de la misma, sea que se evidencie en la inexistencia de acción, en la falta de tipicidad subjetiva o en la ausencia de plena culpabilidad.

2. Prevalencia de la posición

Muchas variantes se han propuesto respecto del caso básico de la tabla de Carnéades, en principio cabe considerar dos supuestos: 1) tras un naufragio ambos supervivientes logran aferrarse al único tablón a su alcance pero, dado que éste solo soportará el peso de uno de ellos y ante la inminencia del hundimiento, uno decide arremeter contra el otro; 2) un superviviente logra aferrarse primero al tablón con el conocimiento de que el mismo no soportará a otra persona y, entonces, rechaza la acción del otro que pretende hacerse con esa mejor situación de supervivencia.

Partiendo del segundo supuesto, OTTO plantea las siguientes interrogantes: “Luego de un naufragio, uno de los supervivientes se aferra a un tablón que solo soporta una persona. Un segundo superviviente también intenta alcanzar el tablón. (1) ¿Puede el primer superviviente defender el tablón con todas sus fuerzas, aun cuando ello le costara la vida al segundo? (2) ¿actúa el segundo antijurídicamente si aparta al otro del tablón dándole un empujón?”²⁴.

Básicamente la duda que se oculta tras estas preguntas consiste en determinar si le corresponde alguna prevalencia a quien por cuestión de azar o destreza es situado en una posición más favorable para la preservación de sus intereses vitales. En otras palabras, se observa la necesidad de precisar fundamentos que sirvan de base para la distribución de derechos y deberes en esas situaciones de necesidad.

²¹ Sobre este tema véase HORNLE, «Matar para salvar muchas vidas», *InDret*, (2), 2010. Un análisis sobre la doctrina de los tribunales internacionales en CORNACCHIA, «Caso Erdemovic», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.) *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, pp. 591 ss.

²² “La regulación legal estabiliza la relación de los allegados, reconociendo su intensidad. Lo cual no es válido cuando el autor redistribuya de un allegado a otro” (JAKOBS, *PG*, 2ª ed. 1997, p. 690). Véase también: PAWLIK, *InDret*, (4), 2015, pp. 25 ss.

²³ Véase LERMAN, *InDret*, (1), 2017; TUÑÓN CORTI, «El deber de soportar de funcionarios estatales en situaciones de estado de necesidad exculpante», en *Revista de derecho penal y procesal penal (Dossier: supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante)*, (6), 2018, pp. 1179-1185.

²⁴ OTTO, *Manual de derecho penal*, 2017, p. 226.

Nos hallamos así frente a una situación en donde si bien originariamente ambos se encontraron con una misma amenaza, uno de ellos logró alcanzar antes una mejor posición de supervivencia. Ya CICERÓN con referencia a Hecatón se explayaba sobre la existencia de un derecho a que la mejor posición de uno no se vea afectada por quien se encuentra en las mismas condiciones: “Si en un naufragio un necio se ha apoderado de una tabla, ¿se la arrebatará el hombre sabio, si puede? Lo niega porque sería injusto”²⁵, reconociendo un derecho para el primero bajo un fundamento de justicia moral.

Ello parecería responder a una suerte de mejor derecho que beneficiaría a quien accedió al medio de salvación, donde resulta de fundamental relevancia el factor temporal. El factor temporal es tenido en cuenta en diversos aspectos de la vida, por ejemplo en el acceso a determinados bienes o servicios, pero también sirve como fundamento legal para la resolución de conflictos, así en el Derecho civil se suele acudir al principio de prioridad mediante el adagio *prior in tempore, potior in iure*, según el cual en caso de conflictos entre partes con iguales derechos sobre el mismo tema, debería preferirse –admitiendo excepciones– el derecho que ha nacido primero en orden temporal. Tal regla ha dado lugar a criterios tales como el de la prioridad de la transcripción para bienes inmuebles y bienes muebles registrables y la prioridad en el derecho sobre hipotecas, además puede encontrar fundamental importancia en la regulación del derecho de recompensas, el de sucesiones, entre otros, siendo el campo de aplicación principal del principio de prioridad el derecho de cosas: “la adquisición de la propiedad del primer ocupante fue seguramente ya una costumbre arraigada en las primitivas sociedades de cazadores y recolectores”²⁶.

De igual manera en el ámbito del Derecho penal y especialmente con relación a las situaciones de necesidad, al momento de ponderar distintos intereses en juego, se suele acudir a criterios normativos dentro de los cuales se destaca el factor temporal. Ello, particularmente, en casos de conflicto entre dos bienes de igual valor, siendo un caso recurrido por la doctrina el del deber del médico de continuar con una operación de urgencia en curso cuando se le presenta otro paciente con igual riesgo de muerte –y, aun, con mejores posibilidades de salvación–. En tales casos se sostiene que existe un deber de continuar con la operación en curso en tanto la modificación de un curso de salvación vigente implica una transformación del *status quo* que requeriría una justificación especial adicional²⁷, dotando de virtualidad al principio *prior in tempore*.

El principio de prioridad tendría una doble virtualidad, en ciertos casos en los que varios derechos pueden existir al mismo tiempo sobre una misma cosa su eficacia sería la de jerarquía del rango, estableciendo una posición relativamente mejor en comparación con la de los posteriores, mientras que en aquellos casos donde solo puede subsistir un derecho sobre la cosa la eficacia sería de exclusión. La existencia misma del principio de prioridad suele remontarse al axioma *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*, según el que nadie puede transmitir más derechos de los que el mismo tiene²⁸.

En tal sentido, en el supuesto que rodea al caso de la *tabla de Carneades* puede observarse un momento preexistente en el cual si bien se presentan múltiples posiciones subjetivas en conflicto la posibilidad de salvaguarda por la que ambos compiten no se encuentra adscripta a

²⁵ CICERÓN, *Sobre los deberes*, 2011, pp. 203-204. Parecería que Hecatón no se planteaba aun variantes en torno a posibles responsabilidades por la creación de la situación de necesidad así como tampoco la posible intervención de terceros en favor de uno de ellos.

²⁶ WACKE, «Quien llega primero, muele primero: *prior in tempore, potior iure*», *Anuario de derecho civil*, (45-1), 1992, p. 47.

²⁷ Véase COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, 2016, pp. 87 ss. Sin embargo, el fundamento de ese deber no aparece del todo claro. El principio temporal resulta controvertido ya cuando los intereses en juego no tienen el mismo valor, e incluso cuando se trata de ponderar la integridad física de uno contra la vida de otro (en este sentido cfr. JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 712 -en particular cita nº 66-).

²⁸ Véase WACKE, *Anuario de derecho civil*, (45-1), 1992, p. 42.

ninguna esfera organizativa autónoma²⁹, ninguno es titular de un mejor derecho. Aquí no existe una preferencia dada por el Derecho a disponer libremente de la propiedad y por ello ambos pueden competir por esa posibilidad de salvaguarda sin lesionar intereses adscriptos a una esfera autónoma ajena.

En la propia adscripción del medio de supervivencia juega un rol esencial el principio *prior in tempore* que en tales circunstancias permite al sujeto vincular un derecho sobre ese medio con eficacia de exclusión, apartando a los ulteriores³⁰. Puede decirse que, en tales supuestos, el principio de prioridad da fundamento al “principio de ocupación” (propio del Derecho civil) que alude al derecho sobre un bien mueble en los casos en que se constate la conjunción de *corpus* y *animus* junto al carácter de *res nullus* del objeto, es decir, cuando se verifique una efectiva posición con ánimo de poseer sobre un bien sin propietario³¹.

Sin embargo, aun sosteniendo la hipótesis basada en el factor temporal en los casos donde no existe un derecho ya adscripto, quedaría subsistente la posibilidad de que el medio de salvación pertenezca a una de las partes en conflicto o bien a un tercero. Hecatón parecería restar importancia, en tales situaciones extremas, al derecho de propiedad que podría detentar uno de los náufragos sobre el medio de salvación: “Y el dueño de la nave, ¿podría apoderarse de lo suyo? De ninguna forma, sería igual que si al dueño de una barca se le ocurriera arrojar al mar a un pasajero, porque es suya”³².

Entiendo que en tal caso podrían sostenerse dos posibles soluciones, por cierto, totalmente opuestas. Por un lado, se argumentaría en favor de un mejor derecho en cabeza del propietario del bien de modo tal que la privación de su uso por parte de otro sería pasible de ser considerada un ataque, lo que justificaría su reacción. Por otro lado, se podría replicar que frente a situaciones de riesgo vital extremo el derecho de propiedad cedería en favor del derecho a la vida como bien jurídico –o derecho– de superior jerarquía.

Es cierto que el derecho a la libre disposición de la propiedad debería ceder en determinadas circunstancias por motivos de solidaridad, pero el hecho de que en las situaciones aquí planteadas ambas partes se encuentran, de inicio, en una situación de riesgo vital, no admitiría el recurso a la solidaridad en la misma medida que frente a las situaciones que son resueltas de conformidad con el estado de necesidad agresivo y, por ello, quien ve su vida amenazada no posee ese derecho a reclamar tal solidaridad a quien se encuentra en la misma posición. De ello podría derivarse que, quien se apodera del medio de salvación perteneciente al otro no solo estaría atacando su derecho a disponer libremente de su propiedad sino además a disponer del único medio idóneo para su supervivencia y, por tanto, tal agresión legitimaría una defensa de conformidad con lo que se analizará en el acápite III.a. de este trabajo³³.

En efecto, entiendo que toda responsabilidad debe fundarse en el comportamiento y no en la posición, lo que excluiría de inicio la responsabilidad de quien toma posición sobre un medio de

²⁹ Véase BALDO LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., 2016, p. 172.

³⁰ Otto analiza la situación del siguiente modo: “En el caso de Carnéades, el superviviente que está aferrado al tablón actúa en defensa de su propia vida si repele la agresión del segundo superviviente. Simplemente preserva sus propias oportunidades de sobrevivir; no se las arroja a costa de otro. No actúa de manera contraria al deber” (OTTO, *Manual de derecho penal*, 2017, p. 226). De este modo sostiene la existencia de un derecho de defensa frente a una agresión antijurídica pasible de ser exculpada.

³¹ Véase LACRUZ MANTECÓN, *La ocupación imposible. Historia y régimen jurídico de los inmuebles mostrencos*, 2011, p. 121.

³² CICERÓN, *Sobre los deberes*, 2011, p. 204.

³³ Distinta sería, a mi entender, la solución aplicable en los casos en que la propiedad sea de un tercero, aquí, en lo que respecta a la posición sobre ese medio de salvación primaria el derecho a la vida y por tanto correspondería oponer solidaridad frente al tercero y, a su vez, la adscripción del uso de la propiedad como fundamento de un mejor derecho (y exclusión) frente a ulteriores sujetos que pretendan obtener ese mismo uso.

supervivencia adscribiendo un mejor derecho, pero ello no sucedería en los casos en donde tal medio se encuentra ya adscripto. En este último supuesto la toma de posición daría fundamento a la responsabilidad por el comportamiento³⁴.

Por lo demás, en la situación en donde varios sujetos se encuentran ya aferrados a un mismo tablón siendo que éste *a la larga* sólo soportará a uno de ellos –primera variante–, corresponde preguntarnos: ¿cabría dar prioridad a quien se aferró primero? ¿Mantendría el primero un derecho permanente de expulsar al segundo?

Aquí, como se verá en el apartado siguiente, entiendo que resulta necesario complementar al principio *prior in tempore* con dos principios básicos de nuestras sociedades liberales modernas: responsabilidad individual y solidaridad general. Solo una interpretación sincrética permitiría una adecuada distribución de cargas en la situación dada, admitiendo la concesión de mejores derechos de conformidad con la propia responsabilidad que por la situación cabe atribuir a uno o ambos intervinientes. Así, existiría tanto un deber de solidaridad consistente en compartir el medio de supervivencia en la medida de lo posible como un derecho a repeler el ataque del otro sujeto.

Dicho ello, tal supuesto no permitiría considerar ya la existencia de un conflicto de carácter penal que sólo tiene lugar frente a la agresión ilegítima de uno sobre otro, lo primordial en tales situaciones viene dado por la solidaridad recíproca. Hecatón se preguntaba sobre cuál sería la solución en casos donde ambos tienen la posición, pero inevitablemente solo uno de ellos la podrá mantener: “Que no luchen, que la echen a suertes, o que se la jueguen a la morra, y el que pierda que la ceda al otro”³⁵.

Si bien parte de la doctrina sostiene que en estos supuestos se da un contexto de disculpa recíproca³⁶, entiendo que ello difícilmente podría presentarse: así, por ejemplo, el caso en donde ambos se encuentran aferrados al tablón bajo el conocimiento de que el mismo solo

³⁴ Véase en este sentido WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, pp. 488 ss.

³⁵ CICERÓN, *Sobre los deberes*, 2011, p. 204. Como se observa, frente a tal dicotomía, entiendo que no existe un mejor derecho, Hecatón planteó la salida del sorteo. Históricamente la ley del mar –las regulaciones consuetudinarias entre los navegantes– tomó como la salida moralmente justa en estos casos el echar a suertes (véase en este sentido: WALKER, *Is Eating People Wrong? Great Legal Cases and How they Shaped the World*, 2011), así lo propuso el capitán Dudley durante aquel trágico suceso. Aunque desde luego es muy discutible que el sorteo pudiese justificar un homicidio, podrían analizarse las repercusiones de tal salida frente a la amplitud de defensa por parte de quien resultó perjudicado por el azar ¿habría un deber más fuerte de sacrificarse? Intuitivamente parecería que aún frente al sorteo la facultad de defensa -con la amplitud que se la admita desde un inicio- quedaría intacta, la indisponibilidad del bien jurídico *vida* en las legislaciones liberales no admitiría este tipo de restricciones. “Un pacto de no defenderme a mí mismo de la fuerza, por la fuerza, es siempre inválido, porque (como antes he mostrado) nadie puede transferir ni renunciar su derecho a salvarse de la muerte, heridas y prisión (evitar las cuales es el único fin de la renuncia a todo derecho), y por tanto la promesa de no resistir a la fuerza no transfiere derecho alguno en pacto alguno, ni es obligatoria...” (HOBBS, *Leviatan*, 2ª ed., 1980, p. 237).

Distinta podría ser la situación si quien pierde efectivamente opta por el propio sacrificio ¿cabría, a lo sumo, una instigación al suicidio exculpada? Pero cuando ninguno esté dispuesto a ceder la posición, entonces la única salida para la preservación de la propia vida será un hecho antijurídico, el homicidio.

³⁶ Se argumenta: “no puede establecerse que B tiene un mejor derecho de necesidad que A por el hecho de que éste haya comenzado antes a ejercer el suyo, sino que el alcance de los derechos de necesidad, que caen tanto en cabeza de A como de B, debe considerarse únicamente en el instante —previo— en que ambos se encuentran flotando en la tabla. Esto, claro está, también modifica el alcance de las competencias en materia de intervención delictiva” (FALCONE, «La intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante. Un desafío para la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación», *En letra: Derecho penal*, (6), p. 303). En este sentido, Baldó Lavilla sostiene que aquí nos encontramos frente a situaciones de exculpación de cualquiera de los daños que recíprocamente se pudieran originar los sujetos que concurren por una única posibilidad de salvaguarda (BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., 2016, p. 172). Véase asimismo COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, 2016, p. 492.

soportará a uno de ellos y en razón de tal circunstancia deciden *batirse a duelo* en altamar. En los supuestos restantes, uno de ellos necesariamente deberá atacar primero lo que, de inicio, excluye la solución exculpante, dando preferencia a quien se defiende.

Lo dicho hasta aquí ¿significa que quien no logró alcanzar primero el único medio de supervivencia debería sacrificarse en lugar de atacar para sobrevivir? Es decir, ¿puede el derecho exigir la propia muerte o más bien, en otros términos, actitudes altruistas?³⁷ Resulta claro que ello es lo que el Derecho presupone, luego si se contradice tal designio será aplicable la disculpa. Así, los distintos comportamientos justificados y los exculpados responden a una distinta calificación deóntica: mientras que la existencia de una causa de justificación califica la conducta como permitida, la existencia de una excusa no modifica la calificación de la conducta como prohibida —u obligatoria—, aunque evita que el sujeto sea considerado personalmente responsable³⁸. En otras palabras, “...cuando el afectado no puede defenderse y sufre las consecuencias de la intromisión agresiva y gravemente desproporcionada del autor, a este último se le atribuye, en efecto, la lesión de una norma de conducta, pero desde un principio queda excluida la aplicación de la norma de sanción”³⁹, de tal modo que al afectado por la acción del autor en estado de necesidad le quedan los derechos subjetivos a la autoprotección de los que podrá hacer uso o no⁴⁰.

De este modo queda en evidencia que el ampararse en la excusa y actuar antijurídicamente no es la única alternativa, bien podría suceder que uno decidiese morir para salvar al otro, por cualquier motivo intrínseco que fundamente su decisión. Por ello no sería válido argumentar que también quien ganó la posición habría reaccionado antijurídicamente de encontrarse en la situación del otro como fundamento para sostener que quien ataca y quien se defiende se encuentran en similar situación frente al derecho⁴¹.

En conclusión, entiendo que en aquellos casos donde no existe un derecho de libre disposición sobre un bien, correspondería un mejor derecho a quien obtuvo de inicio una posición de supervivencia ventajosa mientras que el otro superviviente podrá, en un comienzo, apelar al principio de solidaridad mínimo por parte del primero⁴², pero en tanto solo uno de ellos pueda

³⁷ Se discute si el Derecho puede exigir el sacrificio de la propia vida prohibiendo incluso la exculpación; en tal sentido el § 35 del StGB limita su aplicación “en tanto que al autor se le pueda exigir tolerar el peligro, de acuerdo con las circunstancias particulares, porque el mismo ha causado el peligro o porque estaba en una especial relación jurídica”. Parte de la doctrina se pronuncia a favor de comprender que la norma exige una muerte segura sólo en contextos de guerra, mientras que otras, desde una perspectiva más amplia, proponen que se debe evaluar en cada caso cual es el alcance del deber. Sin embargo, lo cierto es que tal discusión se desarrolla en el marco de la teoría de la exculpación siendo indiscutible que el derecho califica como ilícita la conducta de atentar contra la vida de otro inocente incluso frente a una muerte segura.

³⁸ Véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, 2011, p. 180.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de derecho penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, 2011, p. 220.

⁴⁰ Por lo demás, a él le corresponde no solo defenderse sino además admitir o rechazar la defensa de terceros —a excepción de aquellos casos donde existe para el tercero una obligación de prestar auxilio so pena de responsabilidad omisiva—. En este sentido: BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., 2016, p. 296.

⁴¹ De forma opuesta, se argumenta que el fundamento del estado de necesidad exculpante tiene base en el principio de solidaridad que surgiría de un presunto consentimiento prestado por ambos supervivientes —ex ante— de que al menos uno de los dos se salve, aunque ello sea a costa del otro: “...de aceptar la solución contraria —y respetando el principio de igualdad—, el derecho les impondría a los dos perecer, de forma tal que si de algún modo un oficial de policía tuviera acceso a esa comunidad de peligro sin poder salvar a los naufragos, debería cuidar que ninguno de ellos intente salvarse a costa del otro”. Véase FALCONE, *En letra: Derecho penal*, (6), pp. 306, 307.

⁴² La vigencia del principio de solidaridad implica también que existe un deber de compartir el medio de supervivencia en la medida de lo posible prestando auxilio a quien se encuentra en una situación vital. Es cierto que las respuestas penales ante la omisión de auxilio resultan contundentemente más débiles que

sobrevivir y no estén dispuestos a sacrificarse o *echar suertes*, entonces la acción agresiva de uno dejaría necesariamente al otro en una posición defensiva. A continuación, pretendo explayarme sobre la pregunta relativa al instituto que dará fundamento a la acción de quien se defiende frente a tal hecho antijurídico impidiendo, consecuentemente, toda posibilidad de salvación del otro: ¿responden de la misma manera frente al derecho?

3. Situaciones de necesidad: defensa frente a ataques en estado de necesidad excluyente de culpabilidad

El que las reglas de resolución de conflictos penales tengan por fin la coordinación axiológica de las distintas esferas de libertad propia –autonomía individual– lleva a que cuando en ejercicio de tal libertad un sujeto pone en peligro la libertad de organización de otro, los mismos principios que le dan legitimidad a dichas libertades deberían poder explicar tanto la facultad de salvaguarda otorgada al segundo como el deber de tolerancia impuesto al primero.

Así, la idea de libertad individual se encuentra dotada de un doble significado: hace referencia a la “libertad de organización” pero implica también una “responsabilidad por organización”⁴³. Es decir, el deber de respetar la libertad ajena igualmente legítima y la responsabilidad por el incumplimiento de ese deber.

Ello explica porqué el principio de responsabilidad por el propio comportamiento constituye uno de los principios básicos de la imputación jurídico-penal. En lo que aquí interesa, el desarrollo de tal principio conjugado con un mayor o menor alcance atribuido al principio de solidaridad ha permitido a la dogmática penal la formulación de distintos fundamentos que pretenden explicar la reacción frente a quien ataca bajo circunstancias que eximen la culpabilidad, revistiendo particular importancia su aplicación a defensas contra ataques en estado de necesidad exculpante toda vez que resulta dominante el criterio que entiende que en tales casos quien ataca no es *del todo* responsable por sus actos, constituyendo de tal manera un caso límite que nos permite profundizar en el análisis de las posibles defensas frente a un inculpable.

3.1. Defensa exculpada: ¿estado de necesidad exculpante defensivo?

El hecho de que los participantes en una situación de necesidad, previo al desenlace, se encuentran inmersos en un mismo contexto, ha permitido a parte de la doctrina sostener que respecto de ambos cabría reputar la aplicación de la solución exculpante. Es decir, desde una perspectiva previa al posible desenlace del conflicto no solo estaría exculpado quien emprende un ataque a efectos de obtener una mejor posición de salvación para sí, sino además quien repele la agresión⁴⁴.

De este modo, no solo actuaría en una situación exculpatoria *B* quien a efectos de mantenerse a flote tras el naufragio ataca a *A* para tomar el único salvavidas, sino también *A*, quien repele la agresión de *B*. Así, por ejemplo, se argumenta que “la solución correcta sería conceder tanto a *A* como a *B* un derecho de necesidad agresivo —basado en el principio de solidaridad—, pero con la particularidad de que los deberes de tolerancia recíprocos, derivados de la necesidad ajena, deberían ceder frente a la propia necesidad [...] Entonces, puede afirmarse

las respuestas penales fundadas en el principio de responsabilidad personal, pero ello no rebate la existencia del deber. Por lo demás, podría analizarse esta distinción de modo tal que el nivel de solidaridad mínima fuese solo exigible frente a posibilidades ciertas de supervivencia propia de quien actúa solidariamente.

⁴³ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., 2016, p. 45.

⁴⁴ SCHMIDHÄUSER parecería mantener una solución de éste tipo, a favor de la mera disculpa. Del mismo modo KORIATH sostiene tal solución pero, como ya se aclaró, partiendo de la premisa de que los intervinientes se encuentran, desde el comienzo, en la misma posición –bajo las mismas oportunidades–. Véase OTTO, *Manual de Derecho penal*, 2017, p. 227.

válidamente que el derecho de necesidad agresivo que tanto A como B tendrían a su favor se basa en que al menos uno de los dos tendría *ex ante* la posibilidad de salvarse, mientras que, de aceptar la solución contraria —y respetando el principio de igualdad—, el Derecho les impondría a los dos perecer, de forma tal que si de algún modo un oficial de policía tuviera acceso a esa comunidad de peligro sin poder salvar a los naufragos, debería cuidar que ninguno de ellos intente salvarse a costa del otro⁴⁵. Nótese que aquí se hace referencia al estado de necesidad agresivo como estado de necesidad exculpante, el que el autor traslada al ámbito de la antijuridicidad.

En principio y haciendo a un lado la discusión en torno a la ubicación dogmática del análisis respecto de los supuestos que dan lugar al estado de necesidad exculpante lo cierto es que, conforme lo expuesto en el apartado anterior, tal reflexión no resulta compatible con el alcance que la doctrina, en mayor o menor medida, atribuye a los principio de solidaridad y responsabilidad, a la vez que no permite explicar porqué se admitiría solidaridad con el otro para que arremeta contra la propia vida. El Derecho impone el deber de comportarse de forma lícita aún frente a situaciones vitales y el hecho de que uno pretenda apartarse de tal deber no implica que el otro también fuese a optar por esa decisión⁴⁶.

Por otra parte, una situación de defensa no puede tomarse como agresión, quien se defiende mantiene las oportunidades existentes de sobrevivir y no las obtiene a costa de otro, lo que resulta incompatible con una reacción antijurídica⁴⁷. Incluso en el caso en que aún ninguno hubiese obtenido la posición de supervivencia lo cierto es que siempre habrá un sujeto que emprenda el ataque y otro que se defienda.

Como se adelantó, entiendo que solo será válido el fundamento del doble estado de necesidad exculpante cuando se presente la improbable situación en la que los intervinientes se pusieren de acuerdo —aun de forma tácita— en someter la supervivencia a combate pero, sin embargo, el análisis se mantendría en la esfera de la culpabilidad toda vez que de ningún modo podrá estar justificado un combate a muerte, aun en circunstancias excepcionales⁴⁸: “Tampoco cabe legítima defensa si la agresión está amparada por consentimiento; por eso no actúa en legítima defensa el que en una riña mutuamente aceptada va llevando las de perder y entonces se defiende con un cuchillo contra su adversario más fuerte”⁴⁹. Cuando ello no suceda la conducta de quien se defiende deberá ser reputada lícita, conforme las variantes que se analizarán a continuación.

3.2. Defensa legítima: sobre la posibilidad de actuar en legítima defensa

Welzel entendía a la legítima defensa como contrapartida del estado de necesidad justificante, como respuesta frente a actos humanos siendo el estado de necesidad oponible a actos propios de la naturaleza como catástrofes o ataques por parte de animales⁵⁰. Hoy, en cambio, existe consenso en cuanto a que el estado de necesidad justificante resulta oponible tanto

⁴⁵ FALCONE, *En letra: Derecho penal*, (6), pp. 305, 307, con referencias.

⁴⁶ Así, en el caso de “La Mignonette” vimos que mientras el capitán Dudley propuso la solución del sorteo y luego el sacrificio del más débil, el marinero Brooks prefirió no actuar de aquél modo, aun cuando ello llevase a la muerte de todos.

⁴⁷ Véase OTTO, *Manual de Derecho penal*, 2017, p. 227.

⁴⁸ Véase, en este sentido, COCA VILA, *La colisión de deberes en derecho penal*, 2016, pp. 446 ss.

⁴⁹ ROXIN, *PG I*, 2ª ed., 1997, p. 615. Ya en el mismo sentido, WELZEL, *PG*, 1956, p. 94.

⁵⁰ Sostiene WELZEL que la legítima defensa “no ha de mirarse desde el agresor, sino desde el agredido. No atañe al disvalor de la acción de agresión, sino al disvalor del hecho, que él no tiene por qué tolerar. Por eso, no precisa ser antijurídica aquella agresión que el agredido no está obligado a soportar. Por eso no precisa ser ni antijurídica-adecuada al tipo, ni menos culpable. Por eso, la defensa (legítima) es admisible contra una amenaza de daño de cosas no doloso y contra agresiones de incapaces de culpa (niños y enfermos mentales)”, WELZEL, *PG*, 1956, p. 92. En el mismo sentido, HIRSCH, «La antijuridicidad de la agresión como presupuesto de la legítima defensa», *Nuevo Pensamiento Penal*, (13-14), p. 22.

frente a actos de la naturaleza como a actos humanos mientras que la legítima defensa resulta oponible sólo frente a ataques ilegítimos, es decir, con origen en un hacer humano⁵¹.

El que las regulaciones penales requieran, para la aplicación de dicha causa de justificación, la constatación de una agresión que debe reputarse como ilegítima o antijurídica⁵², ha generado una intensa discusión en la doctrina⁵³. Acudiendo a una interpretación textual de la norma, la doctrina mayoritaria ha sostenido un concepto **amplio** de legítima defensa de modo tal que la misma sería oponible frente a una agresión antijurídica aún cuando no se repute culpable⁵⁴.

Sin embargo, existe ya hace unas décadas una tendencia a interpretar el concepto de agresión, como el de antijuridicidad, de un modo más delimitado al originalmente brindado en el marco del análisis de la estructura de la teoría del delito. Así los defensores de una teoría de la legítima defensa **restringida** a agresiones culpables sostienen que falta un ataque antijurídico –o ilegítimo– cuando el comportamiento del agresor no le es imputable enteramente, esto es, como culpable.

Contra la interpretación textual se sostiene que por el término “agresión” debe entenderse todo ataque humano imputable personalmente, es decir, culpable: “...un hecho objetivamente imputable llevado a cabo dolosa o imprudentemente por el atacante, si bien puede poner en peligro la relación jurídica del agredido con sus bienes, no *constituye per se* una agresión susceptible de repelerse en legítima defensa... Quien carece de capacidad de culpabilidad no está en condiciones objetivas de expresar un sentido jurídicamente relevante... Cuando el atacante es un inimputable, la expectativa normativa inicial se redefine en una expectativa cognitiva y el conflicto, en lugar de explicarse como una vulneración competente de la norma, se explica de otro modo, como enfermedad, miedo o error no imputable al atacante... El concepto de agresión, al igual que el concepto de acción en Hegel, no debe distinguir entre injusto y culpabilidad. Agresión es igual a agresión culpable... Únicamente quien se arroga culpablemente un ámbito ajeno de organización puede ser definido como agresor... Un concepto de agresión que agote su sentido en el análisis de la antijuridicidad del comportamiento del atacante queda por debajo de este umbral mínimo de la culpabilidad, lo que puede dar lugar a situaciones de necesidad pero no a una situación de legítima defensa”⁵⁵.

A la vez que se argumenta que el concepto de “antijuridicidad” no debe ser interpretado del mismo modo que se lo hace en el análisis de la teoría del delito sino, según el contexto teleológico, como acción imputable y anti-normativa. De este modo se tiende a interpretar a la antijuridicidad de la agresión en alusión a la necesidad de falta de justificación de un comportamiento culpable⁵⁶.

⁵¹ Sin perjuicio de ello, el fundamento que subyace al derecho a defenderse legítimamente es tan diverso como la cantidad de autores que lo tratan. No corresponde en este trabajo efectuar dicha tarea. Véase, en este sentido, WILENMANN, «Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa», *Política Criminal*, (10-20), 2015, pp. 622 ss.

⁵² En efecto, conforme se encuentra regulada en el Código Penal Español en su art. 20.4° la defensa será legítima solo frente a una “agresión ilegítima”, del mismo modo lo prevé el art. 34.6° del Código Penal Argentino. Sin embargo la terminología varía en el Código Penal Alemán que requiere, en su parágrafo 32, una “agresión antijurídica”.

⁵³ Un extenso análisis en, WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, pp. 161 ss.

⁵⁴ Véase STRATENWERTH, *PG I. El hecho punible*, 4ª ed., 2005, pp. 195 ss.; JESCHECK/WEIGEND, *PG*, 5ª ed., 2002, p. 366

⁵⁵ PALERMO, *La legítima defensa. Una revisión normativista*, 2007, pp. 329-330.

⁵⁶ Véase, JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 464. En este sentido señala Robles Planas: “Si se abandona el entendimiento del delito como un suceso perturbador de un estado de cosas, esto es, como modificación empírico-real del mundo exterior y, en su lugar, se entiende como expresión de sentido de una persona que contradice el orden jurídico de conductas, entonces la determinación de lo que sea injusto penal no puede efectuarse al margen de la persona del autor” (ROBLES PLANAS, *Estudios de dogmática jurídico-penal*, 2014, p. 185).

Frente a tal posición, los defensores de una teoría *amplia* argumentan que así no solo se transgrede el texto de la norma sino además la voluntad del legislador. En el caso alemán por ejemplo, se plantea que puesto que el §32.II del Código Penal Alemán exige sólo una conducta de agresión antijurídica conforme al uso habitual del lenguaje, y no precisamente una conducta culpable o dolosa; si el concepto de agresión implicase culpabilidad también sería ya la antijuridicidad el presupuesto conceptual de una agresión. Pero ello no permitiría explicar entonces porqué el legislador ha querido referirse expresamente a la antijuridicidad como elemento adicional de la agresión.

En este orden, se sostiene que el legislador, aún en estos casos de conductas no culpables, quiere afirmar el derecho –prevalcimiento del derecho– por razones de prevención general –aunque de forma más débil y considerada– ya frente al injusto⁵⁷.

En efecto, Roxin parte de la base de que frente a quien opera sólo como factor causal y no mediante una manifestación de la personalidad, no se plantea siquiera el prevalcimiento del Derecho, exactamente igual que ante los peligros extrahumanos. Es por ello que al defender la aplicación de la legítima defensa frente a inimputables, dado que la necesidad de afirmación del Derecho es considerablemente menor, entiende que la misma debe ser limitada, manteniéndosela en los límites que exige una protección del agredido guiada por la consideración social: (i) El agredido tiene que esquivar cuando sea posible hacerlo sin peligro y mediante una defensa se le habrían de causar daños graves al agresor; (ii) Hay que buscar el auxilio ajeno si con ello se puede repeler con menos dureza la agresión; (iii) Cuando no se pueda ni eludir la agresión ni conseguir ayuda, se puede hacer lo necesario para protegerse también frente a agresores no culpables⁵⁸.

Por otra parte, desde tal perspectiva, se afirma que exigir la culpabilidad en la agresión sería dotar a la legítima defensa de una función penal, representaría un castigo para el agresor, lo que de ningún modo resulta aceptable puesto que por una parte la víctima de una agresión no tiene un derecho a penar y, por otra, de admitirse una finalidad análoga a la pena, la legítima defensa tampoco se podría limitar a lo necesario para impedir o repeler la agresión⁵⁹.

Para quienes defienden la aplicación *amplia* de la legítima defensa resulta claro que frente a agresiones en estado de necesidad exculpante, donde se excluye la culpabilidad, corresponde al agredido actuar –legítimamente– en su propia defensa, siendo tal derecho extensible a cualquiera que se decida a actuar en legítima defensa de un tercero.

Pero quienes rechazan la aplicación amplia parten de una concepción más estricta del principio de responsabilidad personal al distribuir las cargas de la solución de un conflicto social en las situaciones de necesidad. Particularmente, en el caso de la legítima defensa el agresor, por actuar antijurídicamente, debe soportar todas las cargas y por eso el ataque antijurídico debe definirse de modo que él sea responsable por el conflicto. Afirmar tal conexión cuando no exista plena responsabilidad sería asimilar esa imputación a una mera causa-daño que confundiría a una persona que participa como un estadio de transito de un proceso causal con la persona responsable jurídicamente.

En tal sentido, señala Jakobs que “si se considerasen los principios de la regulación de la legítima defensa como los principios de la distribución normal de las cargas de un conflicto social, sería consecuente aplicarlas también a niños, enajenados y demás personas que actúan sin culpabilidad, pero que de todos modos obran (es decir, que se comportan de modo evitable –dolosa o imprudentemente–). El que obra sin culpabilidad tendría que intentar aceptar

⁵⁷ ROXIN, *PG I*, 2ª ed., 1997, pp. 612-613.

⁵⁸ ROXIN, *PG I*, 2ª ed., 1997, p. 638.

⁵⁹ ROXIN, *PG I*, 2ª ed., 1997, p. 618.

la defensa, por principio insolidaria e inconsiderada, como su triste e inmerecido destino, por decirlo así como el coste desproporcionado de tener la posibilidad de contacto social (a reserva de correcciones en orden a dulcificar la defensa dentro de la legítima defensa). El derecho a la legítima defensa del agredido, en esta solución, representaría una mala fortuna para el agresor⁶⁰.

De ello se desprende que para fundamentar tal responsabilidad no resulta suficiente que la acción haya sido evitable –dolo o culpa– siendo requisito indispensable que la misma pueda ser imputada al autor a título personal.

A esta altura, la discusión parecería remitirse a meras disidencias terminológicas entre, o bien ampliar los requisitos para la legítima defensa frente a acciones con falta de culpabilidad, o bien sustituir la misma por otro instituto que no requiera un actuar responsable –como se verá, estado de necesidad defensivo–. Sin embargo, la segunda tesis parecería derivar en mejores resultados, no solo en cuanto a la coherencia que se mantiene en sus fundamentos epistemológicos, sino además en razón de ciertas derivaciones prácticas.

Por un lado, la teoría *amplia* parte de ciertas premisas que luego son rápidamente dejadas a un lado frente a los inconvenientes prácticos que se presentan ante los ataques provenientes de personas que actúan sin culpabilidad. Pero, por otro lado, se retoma la premisa original –legítima defensa sin restricciones– frente al desconocimiento por parte de quien se defiende respecto de la calidad de inculpable del agresor.

El problema práctico que se esconde detrás de ésta contradicción viene dado por la dificultad para quien se defiende de conocer que quien participa como fuente de la agresión es responsable –imputable– por la misma. Posiblemente sea en base a tales dificultades que Jakobs entiende que corresponde excluir la legítima defensa solo en los casos de agresiones evidentemente inculpables, con el fin de no cargar el riesgo de error sobre el agredido. Señala, en particular, que el riesgo permitido respecto del error sobre la naturaleza culpable del ataque debe ser situado alto, puesto que si no la legítima defensa perdería efectividad. Consecuentemente, afirma que la importancia práctica del requisito de culpabilidad reside en excluir la defensa legítima contra niños y personas ostensiblemente enajenadas o muy embriagadas⁶¹. De este modo, aun desde una teoría que entiende a la legítima defensa de forma *restringida* Jakobs propone variaciones a las reglas generales que fundamentan su tesis originaria, lo que no puede ser compartido.

Tales variaciones ponen foco en la perspectiva de quien se defiende –si quien se defiende pudo percatarse de la capacidad de culpabilidad del agresor– haciendo a un lado toda consideración en torno a la situación jurídica del sujeto fuente de la agresión –su ausencia de culpabilidad–. Por ello, comparto la posición que sostiene la exclusión de la legítima defensa en todos los casos donde el ataque no pueda ser reconducible a una conducta plenamente culpable aun cuando dicha culpabilidad no resulte evidente. Puesto que en aquellos casos, cuando la defensa atiende a lo necesario –sin considerar lo proporcional– podría fundamentarse un error vencible o invencible –conforme al caso– sobre la culpabilidad del agresor como requisito objetivo de la legítima defensa. Siendo así, tratándose de un error evitable, correspondería imputar a quien se defendió el margen de exceso en su defensa por sobre lo proporcionalmente adecuado.

Desde ésta concepción de la defensa legítima, para los casos de agresiones inimputables habrá que recurrir a otro instituto que tenga en cuenta ya no solo la necesidad de defenderse frente al ataque sino la adecuación de la defensa a un margen de proporcionalidad con aquel. Se postula así la aplicación del instituto del estado de necesidad justificante defensivo.

⁶⁰ JAKOBS, *PG*, 2ª ed. 1997, p. 465.

⁶¹ Véase JAKOBS, *PG*, 2ª ed., 1997, p. 467.

3.3. Defensa proporcional:⁶² aplicabilidad del estado de necesidad justificante defensivo

El hecho de que una parte absolutamente mayoritaria de la doctrina reconozca ciertos límites a la defensa frente a amenazas provenientes de personas que actúan sin culpabilidad⁶³ lleva a un análisis más profundo que toma como pieza clave de la reacción defensiva a la necesidad de actuar conforme al caso en concreto.

Así, se propone una aplicación más amplia de la legítima defensa, reservando la aplicación del estado de necesidad justificante defensivo para situaciones de agresiones o bien provenientes de la naturaleza o bien no atribuibles a título de dolo o culpa –acciones atípicas–. Señala Roxin que “la persona puesta en peligro por una no-acción no tiene por qué soportar la lesión que le amenaza, pero su defensa debe ajustarse a las reglas del estado de necesidad –justificante–”. Ello en tanto admitir la legítima defensa en estos casos sería colocar “al hombre en peor posición que las cosas, cuando realmente el hombre ha de ser tratado dentro del marco del § 34 con muchas más consideraciones que las cosas”⁶⁴.

Pero, por otra parte, como se explicó, una posición cada vez más fuerte propone restringir la legítima defensa a agresiones no solo típicas y antijurídicas sino además culpables –atribuibles personalmente al autor–, reservando la aplicación del estado de necesidad justificante defensivo para los casos donde no se constate ya la culpabilidad.

Ello así si bien en sus orígenes el estado de necesidad justificante defensivo se desarrolló en torno a la defensa sobre las cosas, conforme su redacción en el parágrafo 228 del Código Civil Alemán (BGB):

“El que deteriore o destruya una cosa ajena, para apartar de sí mismo o de un tercero un peligro que es ocasionado por dicha cosa, no actúa de manera contraria a derecho, siempre que el deterioro o la destrucción sean necesarios para apartar el peligro y el daño no sea desproporcionado frente al peligro”.

Como se observa, el precepto invierte el criterio de proporcionalidad que manda el estado de necesidad agresivo puesto que aquí el límite al derecho de intromisión se halla en la prohibición de una causación de daños desproporcionada. En tal sentido, el estado de necesidad defensivo tendría más similitudes con la legítima defensa que con el estado de necesidad agresivo, lo que explica el motivo por el cual el precepto fue originariamente pensado para la defensa sobre cosas –resultando la defensa sobre personas originariamente abarcada por la legítima defensa–. Sin embargo, debido a la existencia de casos defensivos sobre agresiones de terceros que no pueden ser abarcados por la legítima defensa –en principio, aquellos donde la causación del peligro no resulta subjetivamente imputable– la

⁶² Utilizo aquí el término “defensa proporcional” en alusión a la defensa ejercida en estado de necesidad justificante defensivo en tanto en estos casos el derecho de intromisión encuentra su límite en la prohibición de una causación de daños desproporcionada. En este sentido, mientras que a quien actúa en legítima defensa le está permitido, de ser necesario, destruir mucho más de lo que salva, en cambio a quien actúa en estado de necesidad justificante defensivo le está prohibido ocasionar un daño que sea desproporcionado frente al peligro que lo amenaza. Por otra parte, tanto respecto a la legítima defensa como en relación al estado de necesidad justificante defensivo, omito utilizar el término “necesario”, es cierto que la necesidad de la intervención puede ser identificada también como elemento de la legítima defensa pero, sin embargo, lo preponderante en ésta última es la legitimidad de la intervención, más que la necesidad de actuar.

⁶³ Véase, en este sentido, SILVA SÁNCHEZ, en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de derecho penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, 2011, nota a pie de página n° 11.

⁶⁴ ROXIN, *PG I*, 2ª ed., 1997, p. 613.

doctrina reconoce un derecho general al estado de necesidad justificante defensivo, discutiendo tanto respecto de su construcción dogmática como de su alcance⁶⁵.

Acorde a los ya expuestos principios de responsabilidad y solidaridad, se ha propuesto una suerte de clasificación tripartita de situaciones de necesidad justificadas donde la competencia por la fuente de peligro que origina la situación de necesidad es lo que permite distinguir entre la aplicación de alguna de ellas: “a) la situación de defensa necesaria [legítima defensa] (que presupondrá la competencia plena del agresor por la fuente de peligro que origina la situación de necesidad); b) la situación de estado de necesidad defensivo (que presupondrá la competencia preferente por la fuente de peligro amenazante de aquel sujeto de cuya esfera organizativa parta el mismo), y c) la situación de estado de necesidad agresivo (que presupondrá la no competencia por la fuente de peligro amenazante de aquel sujeto que eventualmente pueda resultar afectado por una acción de salvaguarda)”⁶⁶.

El que la legítima defensa sea oponible a agresiones plenamente responsables habilita una defensa aun desproporcionada con la amenaza, mientras que si bien la legitimidad de la reacción defensiva en estado de necesidad se fundamenta en una *cuota de responsabilidad* por el hecho esa reacción se ve a su vez limitada por otra *cuota de solidaridad*⁶⁷.

Así, mientras que la legítima defensa permite defenderse en la medida de lo necesario, el estado de necesidad defensivo permite defenderse en la medida de lo necesario pero de modo atenuado acorde a la proporcionalidad entre el daño que amenaza y el daño ocasionado con la defensa. Ello conlleva dos grandes implicancias en la defensa proporcional: por un lado se debe valorar siempre como medio menos lesivo para repeler el peligro a la posibilidad de eludirlo y, por otro lado, quien se ve amenazado deberá asumir pequeños menoscabos a sus bienes jurídicos en tanto su defensa sólo sea posible mediante una desproporcionada afectación a los bienes jurídicos del agresor⁶⁸.

El que desde ésta perspectiva se requiera una completa responsabilidad del agredido para la aplicación de la legítima defensa ha llevado a buena parte de la doctrina a remarcar la inconveniencia de admitir una reacción en legítima defensa para los casos de amenazas provenientes de sujetos que actúan sin plena culpabilidad, argumentando en favor de una reacción limitada por el principio de solidaridad, es decir, en estado de necesidad justificante defensivo. Ello así toda vez que el derecho a la legítima defensa debe ser consecuencia de algo más que la mera incumbencia del agresor: “éste debe, más bien, perder el derecho a poner en juego sus intereses más allá de la medida de la solidaridad mínima vigente en cualquier caso. Lo cual únicamente puede ocurrir cuando el agresor a causado el conflicto culpablemente”⁶⁹.

En tanto en las situaciones de estado de necesidad defensivo la fuente del peligro es, en alguna medida, responsabilidad del sujeto que posteriormente resultará afectado por la acción de salvaguarda, no puede quitarse impronta al principio de responsabilidad por el propio comportamiento organizador como punto de partida necesario para una razonable coordinación axiológica de las posiciones en conflicto⁷⁰, siendo luego modulado por el principio de

⁶⁵ FRISTER, *PG*, 4ª ed., 2011, p. 354, con referencias.

⁶⁶ BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., 2016, p. 8.

⁶⁷ Por otra parte, el estado de necesidad agresivo es oponible exclusivamente en función del principio de solidaridad que es exigible al afectado, por eso resulta necesario constatar que el daño causado con la reacción sea proporcionalmente menor al daño que amenaza.

⁶⁸ Véase FRISTER, *PG*, 4ª ed., 2011, pp. 222 y 358; con referencias.

⁶⁹ JAKOBS, *PG*, 2ª ed. 1997, p. 466.

⁷⁰ En este sentido, sostiene WILENMANN que en estos casos nos encontramos frente a una “responsabilidad débil” (puramente distributiva) distinta de la “responsabilidad fuerte” que es presupuesto

solidaridad general intersubjetiva⁷¹. Únicamente en caso de requerirse un comportamiento no solo antijurídico sino además culpable para la aplicación de la legítima defensa se estará considerando el hecho de que al comportamiento antijurídico del autor, quien se identifica a sí mismo como sujeto de sus acciones, le corresponde un carácter de irrespeto hacia los intereses ajenos: “una agresión antijurídica y culpable –la situación básica de la legítima defensa– se caracteriza por lo tanto por el hecho de que al autor se le puede imputar de forma absoluta la perturbación de la esfera jurídica ajena como persona y también como sujeto”⁷².

Así resultaría que frente a una agresión antijurídica pero no culpable no sería adecuado afirmar que el *agresor* se ha desautorizado como sujeto o al menos no en una forma tan evidente y es por ello que consecuentemente puede esperar una mayor consideración de sus intereses subjetivos. Tal consideración se presenta en la forma prohibitiva de injerencia que prevé la norma justificante, bajo la inversión de la desproporción. En este sentido, quien realiza el acto de defensa sacrifica un margen de acción –proporción– en favor de quien *ataca*, ateniéndose a un reclamo –o acuerdo– de la comunidad como generalidad. En base a esto se afirma que “...frente al ciudadano que habría de soportar el mal, pues, la acción del necesitado en la que se materializa su pretensión existencial es siempre antijurídica, pudiendo aquel responder consecuentemente en estado de necesidad defensivo”⁷³.

Sin embargo, lo cierto es que aun admitiendo la división tripartita de las situaciones de necesidad y el requisito de culpabilidad para la aplicación de la legítima defensa, parte de la doctrina parecería finalmente argumentar en favor de la aplicación de una legítima defensa aparentemente sin restricciones. Pawlik explica su posición mediante el siguiente ejemplo: “...en la noche siguiente a la culminación de *La montaña mágica*, Thomas Mann pasea orgulloso con el manuscrito por el Jardín Inglés de Múnich. De repente un malhechor se precipita sobre él y da muestras de querer arrebatársele el manuscrito y destruirlo. Thomas Mann solamente puede impedir ello si lo golpea con el legajo hasta causarle la muerte. Él actúa de manera justificada, y ello independientemente de si el malhechor se comportó culpablemente o no. Esto no es un problema de una –comoquiera que esté estructurada– cláusula de proporcionalidad; sucede más bien que Thomas Mann, quien ‘no tiene la culpa’ del conflicto, no está obligado desde el principio a sacrificar a favor de otro el trabajo de doce ‘años pecaminosos’ (Thomas Mann). Dicho brevemente: la cláusula de proporcionalidad del § 228 Código Civil alemán solamente es aplicable, como *cualquier* cláusula de proporcionalidad, *fuera* del ámbito de pérdidas biográficas drásticas”⁷⁴.

Se aparta así de aquellas soluciones propuestas, entre otros, por Jakobs, argumentando en favor de la aplicación de una legítima defensa cuando lo que se ve amenazado hace a la biografía de vida de quien se defiende, reservando la posibilidad de aplicar el estado de

de la legítima defensa; véase WILENMANN, *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, 2017, pp. 450 ss.

⁷¹ Véase BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª, ed., 2016, p. 10.

⁷² PAWLIK, «El estado de necesidad justificante defensivo dentro del sistema de los derechos de necesidad», *Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia*, 2013, p. 18, señala: “[en] tanto el creador del peligro no esté en permanente capacidad de configurar independientemente su vida, la consideración de sus intereses futuros no puede ser entendida en sentido estricto como un reconocimiento de su posición como sujeto, pues él no posee precisamente la calidad de sujeto. El tratamiento preferente que éste recibe muestra por lo tanto un momento del ‘como sí’; a través de ello se demuestra que el estatus de miembro integral de la sociedad civil requiere de manera típica, pero no de forma necesaria, la calidad de sujeto. Ello permite distinguir por una parte los peligros que manifiestan al mismo tiempo un irrespeto de la posición del sujeto puesto en peligro, y por otra los peligros que no manifiestan dicho irrespeto respecto de quien se encuentra en peligro” (p. 21).

⁷³ COCA VILA, «La exculpación de hechos lesivos programados. Una primera reflexión a propósito de la configuración antijurídica de los algoritmos de necesidad de coches autónomos», *Revista de derecho penal y procesal penal (Dossier: supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante)*, (6) 2018, pp. 1130 ss.

⁷⁴ PAWLIK, *Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia*, 2013, p. 22

necesidad justificante defensivo para los restantes casos que no impliquen una amenaza de tal magnitud, toda vez que frente a tales situaciones no habría un reclamo social por la concesión de un margen de libertad en pos de la solidaridad con el otro, no habría una exigencia de renunciar a esas libertades⁷⁵. Sin embargo, parecería que tal solución no permite compatibilizar acabadamente ciertas derivaciones propias de la crucial distinción entre los principios de solidaridad y responsabilidad así como sus consecuencias en la teoría del delito y fundamentalmente en las situaciones de defensa. Particularmente, no se termina de explicar porqué la legítima defensa, fundada exclusivamente en la responsabilidad de quien agrede, se mantendría plenamente vigente ante la ausencia –parcial o completa– de dicha responsabilidad.

El solo hecho de que Thomas Mann considere a su manuscrito como un elemento esencial de su biografía de vida ¿justificaría el homicidio del sujeto que actúa sin culpabilidad? Intuitivamente parecería que ello no es posible, al menos no lo es si se pretende poder explicar frente al otro el motivo por el cual se reacciona aun desproporcionadamente cuando el ataque no puede ser reconducido de forma plena a su responsabilidad. En todo caso, se podría analizar la existencia de un error sobre los elementos objetivos de la justificación, pero –al menos desde la posición que pretendo defender– la falta de culpabilidad exige cierta solidaridad que mal podría ser dejada de lado por la subjetividad de quien se defiende. Parecería que a lo sumo su conducta podría llegar a estar exculpada pero cierto es que la exculpación frente a este tipo de situaciones ya plantea otra serie de interrogantes que no pueden ser desarrolladas en este trabajo, tales como los tipos de amenazas que permiten la exculpación de la reacción –el StGB lo admite solo frente a amenazas actuales contra la vida, el cuerpo o la libertad–⁷⁶ y, por otra parte, el modo en que se justificaría la reacción de un tercero a favor de quien se encuentra amenazado ¿en qué medida se le exigiría al tercero una representación de ese manuscrito como formador de la biografía de vida del titular?.

En síntesis, si se parte del reconocimiento de los principios de responsabilidad y solidaridad como base del análisis de las situaciones de necesidad y de la consecuente división tripartita de las mismas, como aquí lo postulo, cabría necesariamente sostener la aplicación del estado de necesidad defensivo a las situaciones que evidencian una falta de configuración subjetiva de la amenaza por parte del sujeto que sirve como fuente de la misma, sea que se evidencie en la inexistencia de acción, en la falta de tipicidad subjetiva o en la ausencia de plena culpabilidad.

Por último, resulta prudente reconocer cierta propensión en la doctrina a ampliar el alcance del instituto del estado de necesidad defensivo, ello así toda vez que el gran parentesco estructural y axiológico existente entre la regulación de la legítima defensa y la del estado de necesidad defensivo, teniendo presente los referidos principios, admitiría como una tendencia legítima la derivación hacia el estado de necesidad defensivo de determinadas situaciones que en su regulación clásica pertenecieron a la legítima defensa, restringiendo ésta y ampliando la primera por razones de solidaridad con quien actúa de forma –aunque parcialmente– irresponsable. Ello siempre y cuando tal derivación encuadre no solo en esos principios sino además en el principio de legalidad⁷⁷.

4. Reflexión final

⁷⁵ Véase PAWLIK, *Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia*, 2013, pp. 19 ss.

⁷⁶ Véase, en este sentido, PAWLIK, *InDret*, (4), 2015, pp. 1 ss.

⁷⁷ Basándose en el entendimiento –por demás discutible– de que exigir culpabilidad como presupuesto de la legítima defensa conforme al derecho positivo (español y alemán) resulta una restricción teleológica ilegítima *contra legem*, Baldó Lavilla deriva la aplicación del estado de necesidad defensivo exclusivamente a situaciones de agresiones imprudentes y agresiones no típicamente relevantes; véase BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., 2016, pp. 196 y 405.

De forma concisa, recordando el trágico caso de “La Mignonette”, en el primer punto de este trabajo se han expuesto sucintamente las teorías que pretenden dar fundamento a la exculpación de quien comete hechos ilícitos encontrando sus intereses vitales amenazados. Luego, en el punto II, se han aportado fundamentos a efectos de defender la tesis que otorga al factor temporal un papel importante al definir los roles que van a ser considerados al momento de analizar la conducta de los sujetos que en una situación de igual riesgo pueden ver sus intereses vitales confrontados. De tal modo, he intentado ofrecer argumentos para sostener la prevalencia del derecho de quien en un comienzo se encuentra en una posición ventajosa de forma tal que su reacción, frente al arremetimiento del segundo –quien actúa de forma antijurídica–, quedará no ya exculpada sino más bien justificada, bien como defensa legítima, bien como defensa proporcional.

Seguidamente (punto III) se expusieron sucintamente argumentos doctrinarios que defienden la aplicación de la legítima defensa a las reacciones defensivas frente a un ataque que cabría considerar ilícito pero exculpado –por una merma en la responsabilidad del sujeto del que proviene la amenaza– así como aquellos que sostienen la necesidad de aplicar el estado de necesidad justificante defensivo en tanto la legítima defensa *per se* requeriría plena responsabilidad. Siendo esta última posición la que considero adecuada en tanto resulta compatible con la plena vigencia de los principios de responsabilidad y solidaridad y la consecuente división tripartita de las situaciones de necesidad.

Ciertamente, la solución que aquí se defiende resulta plausible en cuanto el estado de necesidad defensivo se encuentre regulado de forma positiva en el derecho vigente –así el art. 8, 7° del Código Penal Español o el parágrafo 228 del Código Civil Alemán (BGB)–. Ante la ausencia de una regulación positiva será necesario que se esté dispuesto a aplicar una causa de justificación de carácter extralegal, lo que a mi entender resultaría admisible como natural derivación de los principios ya expuestos. De lo contrario –como se ha pretendido– solo restará la solución de la legítima defensa extraordinariamente limitada, surgiendo interrogantes relativas a las posibles consecuencias de tal recurso: ¿podría una exigencia de proporcionalidad en sentido estricto derivar en consecuentes problemas de analogía *in malam partem*?

Finalmente, si bien el caso de Carnéades o la situación vivida por los tripulantes de “La Mignonette”, por las variantes que permiten, resultan puntos de partida válidos, no cabe pasar por alto que situaciones de aun mayor complejidad podrían presentarse en el futuro. Así, por ejemplo, existe un particular interés por el análisis de posibles casos derivados de la programación de algoritmos en vehículos automatizados u otros robots con algoritmos avanzados ¿pueden ser programados para actuar en defensa de su titular a costa de la integridad física de inocentes?⁷⁸, aquí la relevancia de la cuestión derivaría de la marcada bifurcación entre el momento de la programación y el correspondiente al desenlace de la acción ilícita, lo que chocaría de plano con la teoría de la doble disminución como fundamento del estado de necesidad exculpante. Ya allí, de admitirse actuaciones en estado de necesidad exculpante por parte del programador –en un momento anterior y quizás remoto al del desenlace del conflicto– se volverían a presentar cuestiones que hacen a la naturaleza de la acción defensiva, pues, en estos casos sería difícil –aunque no imposible– identificar una presión psíquica u otras circunstancias que expliquen una disminución de responsabilidad.

5. Bibliografía

⁷⁸ Cfr. COCA VILA, «Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», *CPC*, (122), 2017, pp. 235-275; FELDLE, «Delicate Decisions: Legally Compliant Emergency Algorithms for Autonomous Cars», en HILGENDORF/SEIDEL (coord.), *Robotics, Autonomics, and the Law – Robotik und Recht*, t.14, 2017, pp. 195 ss.

- BALDO LAVILLA (2016), *Estado de necesidad y legítima defensa*, 2ª ed., BdeF, Buenos Aires.
- BELING (2002), *Esquema del derecho penal. La doctrina del delito-tipo*, Librería El Foro, Buenos Aires.
- CHIESA (2011), «La Mignonette», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 95 ss.
- CICERÓN (2011), *Sobre los deberes*, Alianza, Madrid.
- COCA VILA (2018), «La exculpación de hechos lesivos programados. Una primera reflexión a propósito de la configuración antijurídica de los algoritmos de necesidad de coches autónomos», *Revista de derecho penal y procesal penal (Dossier: Supuestos Problemáticos de estado de necesidad exculpante)*, (6), pp. 1130 ss.
- (2017), «Coches autopilotados en situaciones de necesidad. Una aproximación desde la teoría de la justificación penal», *Cuadernos de política criminal*, (122), pp. 235 ss.
- (2016), *La colisión de deberes en derecho penal*, Atelier, Barcelona.
- CORNACCHIA (2011), «Caso Erdemovic», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.) *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 591 ss.
- CÓRDOBA (2013), «Estado de necesidad y exclusión de la personalidad. La autorización para derribar un avión con pasajeros en caso de ataques terroristas (§ 14, III, Ley de Seguridad Aérea Alemana [LuftSig])», en BRUZZONE (coord.), *Cuestiones penales: homenaje al Prof. Dr. Esteban J. A. Righi*, ed. Ad Hoc, Buenos Aires, pp. 261 ss.
- DIAS (2018), «La tabla de Carnéades como *trolley problem* y la restricción de bienes en estado de necesidad exculpante», *Revista de derecho penal y procesal penal (Dossier: supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante)*, (6), pp. 1119 ss.
- FALCONE (2018), «La intervención delictiva en el estado de necesidad exculpante. Un desafío para la distinción entre normas de comportamiento y reglas de imputación», *En letra: Derecho penal*, (6), pp. 272 ss.
- FELDLE (2017), «Delicate Decisions: Legally Compliant Emergency Algorithms for Autonomous Cars», en HILGENDORF/SEIDEL (coord.), *Robotics, Autonomics, and the Law – Robotik und Recht B. 14–*, Nomos, Baden-Baden.
- FRISTER (2011), *Derecho Penal. Parte General*, 4ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.
- GRECO (2007), «Las reglas detrás de la excepción. Reflexiones respecto de la tortura en los grupos de casos de las ticking time bombs», *InDret; Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.
- HIRSCH (1977), «La antijuridicidad de la agresión como presupuesto de la legítima defensa», *Nuevo Pensamiento Penal*, (13-14).
- HOBBS (1980), *Leviatán*, 2ª ed., Nacional, Madrid.

HÖRNLE (2010), «Matar para salvar muchas vidas», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (2), pp. 1 ss.

JAKOBS (1997), *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Marcial Pons, Madrid.

JESCHECK/WEIGEND (2002), *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Comares, Granada.

KANT (1989), *La metafísica de las costumbres*, 4ª ed., Tecnos, Madrid.

KAUFMANN (1959), *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Schwartz, Gotinga.

LACRUZ MANTECÓN (2011), *La ocupación imposible. Historia y régimen jurídico de los inmuebles mostrencos*, Dykinson, Madrid.

LERMAN (2017), «Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (1), pp. 1 ss.

LLOBET ANGLÍ (2010), «¿Es posible torturar en legítima defensa de terceros?», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (3), pp. 1 ss.

LÓPEZ WARRINER (2018), «Dos hombres y una tabla, ¿el problema de Carnéades?», *Revista de derecho penal y procesal penal (Dossier: supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante)*, (6), pp. 1152 ss.

ORTIZ DE URBINA GIMENO (2011), «Caso de los dos psiquiatras en el III Reich», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 177 ss.

OTTO (2017), *Manual de Derecho penal*, Atelier, Barcelona.

PALERMO (2007), *La legítima defensa. Una revisión normativista*, Hammurabi, Buenos Aires.

PAWLIK (2015), «Una teoría del estado de necesidad exculpante», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, (4), pp. 1 ss.

————— (2013), «El estado de necesidad defensivo justificante dentro del sistema de los derechos de necesidad», *Derecho Penal y Criminología. Universidad Externado de Colombia*, junio 2013, pp. 13 ss.

ROBLES PLANAS (2014), *Estudios de dogmática jurídico-penal*, BdeF, Buenos Aires.

————— (2011), «Caso del Leinenfänger», en SÁNCHEZ-OSTIZ (coord.), *Casos que hicieron doctrina en derecho penal*, La Ley, Madrid, pp. 111 ss.

————— (2010), «En los límites de la justificación. La colisión de intereses vitales en el ejemplo del derribo de aviones y de otros casos trágicos», en LUZÓN PEÑA (dir.), *Libro Homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 445 ss.

RODRÍGUEZ MANCEÑIDO (2018), «El derribo de aviones, un caso complejo: sacrificar la vida de varias personas inocentes para salvar la de muchas otras más», *Revista de derecho penal y procesal penal (Dossier: supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante)*, (6), pp. 1163 ss.

ROXIN (1997), *Derecho Penal. Parte General, t. I*, 2ª ed., Civitas, Madrid.

SANDEL (2012), *Justicia ¿Hacemos lo que debemos?*, Debolsillo, Barcelona.

SILVA SÁNCHEZ (2011), «Aspectos de la discusión alemana sobre el estado de necesidad disculpante: una observación», en HORMAZÁBAL MALARÉE (coord.), *Estudios de Derecho penal en memoria del Prof. Juan José Bustos Ramírez*, Ubijus, Mexico D.F., pp. 215 ss.

STRATENWERTH (2005), *Derecho Penal. Parte General I*, Civitas, Madrid.

TUÑÓN CORTI (2018), «El deber de soportar de funcionarios estatales en situaciones de estado de necesidad exculpante», *Revista de derecho penal y procesal penal (Dossier: supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante)*, (6), pp. 1178 ss.

WACKE (1992), «Quien llega primero, muele primero: prior in tempore, potior iure», *Anuario de Derecho civil*, (45-1), pp. 37 ss.

WALKER (2011), *Is Eating People Wrong?: Great Legal Cases and How they Shaped the World*, Cambridge University Press, Nueva York.

WILENMANN (2017), *La justificación de un delito en situaciones de necesidad*, Marcial Pons, Madrid.

————— (2015), «Injusto y agresión en la legítima defensa. Una teoría jurídica de la legítima defensa», *Política Criminal*, (10-20), pp. 622 ss.