

El sistema de derechos de necesidad y defensa en el Derecho penal

Javier Wilenmann von Bernath

Universidad Adolfo Ibáñez

Abstract

El artículo intenta presentar una reconstrucción del sistema de causas de justificación derivadas de situaciones de necesidad dando cuenta de su estructura normativa y axiológica. Así, el sistema se estructura en relación a los principios que permiten justificar la configuración normativa de una situación, desde el punto de vista del agente, como obligación de abstención, permiso de lesión en situación de defensa o permiso de lesión en situación de necesidad. Dichos principios tienden a ser descritos mediante los conceptos de autonomía (formal), solidaridad y responsabilidad. El artículo muestra que a diferencia de los principios de autonomía y solidaridad, el principio de responsabilidad opera en un nivel lógico distinto (no descriptivo de normas de comportamiento, sino de normas de imputación), los que permiten fundamentar derechos de lesión derivados de autonomía de dos formas distintas (legítima defensa y estado de necesidad defensivo). Esa distinción puede ser justificada y permite, al mismo tiempo, superar problemas de consistencia dogmática que han afectado por largo tiempo a la dogmática penal.

Der vorliegende Aufsatz stellt eine Rekonstruktion des Systems von Abwehr- und Notrechten im Strafrecht dar. Dieses System wird um Prinzipien, deren Funktion die Begründung der Qualifikation einer hypothetischen Handlung in einem bestimmten Zustand als Unterlassungspflicht, Abwehrrecht oder Notrecht ist, aufgebaut. Diese Prinzipien werden in der Regel durch die Begriffe der (formellen) Autonomie, Solidarität und Verantwortlichkeit bezeichnet. Der Aufsatz zeigt, dass das Verantwortungsprinzip in einem anderen Niveau als die Prinzipien von Autonomie und Solidarität zu platzieren ist. Sein Gegenstand sind nicht Verhaltensnormen, sondern Zurechnungsregeln, die die Begründung der Anerkennung von (Autonomie-)Abwehrregeln in zwei verschiedenen Art und Weisen durchzuführen erlauben. Der Aufsatz versucht, diese Unterscheidung zu begründen, um traditionelle Probleme der Dogmatik der Notwehr und des Notstands zu überwinden.

The present paper exposes a reconstruction of the system of justifications resulting from defense or necessity. The system is structured around principles which justify the normative configuration of a given state of affairs as obligation of abstention, faculty to harm in defense or faculty to harm out of necessity. Such principles are usually described through the concepts of (formal) autonomy, solidarity and responsibility. The paper shows that, unlike the principles of autonomy and solidarity, the principle of responsibility cannot be reconstructed in the level of the norm of conduct, but instead acts as a description of norms of imputation, which allow to justify the recognition of rights to harm in defense of the own autonomy in two different ways (self-defense and defensive necessity). The paper offers grounds for the recognition of this distinction, which allows overcoming traditional problems in the doctrine of self-defense and necessity.

· El presente artículo constituye una exposición resumida y adaptada de parte del contenido de mi tesis doctoral en la Universidad de Friburgo en Brisgovia, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. Die Dogmatik des Defensionotstands im Strafrecht*, en particular en lo relativo a la reconstrucción analítica del sistema de causas de justificación derivadas de situaciones de necesidad en el derecho penal (parte final del capítulo I). Aunque obviamente por razones de espacio la extensión y profundidad es mucho menor que aquella del texto original, esta adaptación al español tiene elementos que no pueden (mejor: podrán) encontrarse en la versión alemana. En especial, la posibilidad de redactar parte de mis tesis en español hace que algunas cuestiones que en alemán puedan parecer vagas hayan sido al menos lingüísticamente refinadas. Parte de la mayor claridad que creo haber alcanzado en este artículo sólo fue posible gracias a la invaluable ayuda de mi amigo Ivó Coca Vila, a quien agradezco encarecidamente por los comentarios efectuados a un borrador del mismo.

Titel: Das System von Abwehr- und Notrechten im Strafrecht.

Title: The system of justifications resulting from defense or out of necessity in criminal law.

Palabras clave: justificación, legítima defensa, estado de necesidad defensivo, estado de necesidad agresivo, solidaridad, responsabilidad, autonomía.

Schlüsselwörter: Rechtfertigung, Notwehr, Defensivnotstand, Aggressivnotstand, Solidarität, Verantwortung, Autonomie.

Keywords: Justification, self-defense, defensive necessity, necessity, solidarity, responsibility, autonomy.

Sumario

1. Introducción

2. El sistema formal de derechos de necesidad y defensa

2.1 Introducción: tres sistemas de derechos de necesidad y defensa

2.2 Descripción general del sistema

3. El sistema de derechos de necesidad y defensa como sistema axiológico

3.1 Autonomía y solidaridad

3.2 El problema del fundamento de los derechos de defensa

3.3 El potencial justificatorio de la solidaridad y su limitación recíproca con el principio de autonomía formal

3.4 Genealogía del sistema y lógica del sistema

4. Conclusiones

5. Bibliografía

1. Introducción

“En la ciencia [penal] se ha intentado recurrentemente desarrollar un sistema de causas de justificación”¹. Esa pretensión sería, según el propio Hirsch, fútil: la construcción de un sistema de causas de justificación tendría que ser efectuada con un grado tal de abstracción que su contenido haría de la empresa una cuestión irrelevante². En parte, la observación crítica de HIRSCH puede ser explicada por referencia a su objeto de ataque, a saber, las formas tradicionales de sistematización de las causas de justificación. En general, la pretensión de producir un sistema general de causas de justificación deriva en la poco interesante construcción de sistemas organizados en torno a principios con contenido puramente formal o en la reducción inverosímil a un principio material. El sistema más conocido a este respecto se encuentra en el así llamado “principio del interés preponderante” (y, en su caso, de la ausencia de interés)³. De acuerdo a éste, todas las causas de justificación constituirían derivaciones de la idea general de preferencia del interés preponderante. En este contexto, no pretendo presentar una crítica completa a este

¹ HIRSCH, *Strafrechtliche Probleme, Band II*, 2009, p. 359.

² Críticas similares pueden encontrarse por ejemplo en GROPP, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., pp. 173 y s.; RÖNNAU, *LK*, 12ª ed., 2006, Vor § 32, nm. 80; MAURACH/ZIPE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, 8ª ed., 1992, § 25, nm. 7-10; ENGLÄNDER, en *Matt/Renzikowski*, 2013, Vor §§ 32 ff., nm. 4; DUTTGE, *HK*, 2ª ed., 2011, Vor § 32, nm. 8 y s.

³ Véase MEZGER, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., 1949, pp. 204 a 206; LENCKNER, *Der rechtfertigende Notstand*, 1965, pp. 134 y s.; SEELMANN, *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, 1978, pp. 24 y ss.; GÜNTHER, *Strafrechtswidrigkeit und Strafrechtsausschluß*, 1983, pp. 175 a 178; OTTO, *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 2004, §§ 8, nm. 5 y ss.

sistema. En sus resultados, el sistema construido a partir del principio del interés preponderante deriva siempre o bien en un formalismo que hace la confección del sistema dogmáticamente infructífera, o bien en una suerte de utilitarismo o, al menos, de consecuencialismo extremo, que no sólo resulta precario en sus fundamentos de filosofía moral, sino que es difícilmente conciliable con el derecho vigente⁴.

Estas deficiencias del trabajo sistemático de las causas de justificación se producen ante todo por la elección de la unidad analítica respecto de la cual se realiza la reconstrucción sistemática: la pretensión de reducir *todas* las causas de justificación a *un* principio no puede sino tener lugar en un grado demasiado elevado de abstracción formal. Reducida la unidad analítica, la verificación de relaciones estructurales y sustantivas se hace posible, con lo que la reconstrucción del sistema vuelve a ser plausible e interesante. Si no se trata ya de la construcción de un sistema de *todas* las causas de justificación, sino de la construcción de un sistema de aquellas que se dejan agrupar como tal, la realización de una dogmática sistemática deviene no sólo posible sino sumamente fructífera. Parte importante de los avances recientes de la dogmática alemana en el ámbito de las causas de justificación puede ser reconducida a este cambio de pretensiones: la construcción de un sistema de derechos de necesidad y defensa en vez de un sistema de todas las causas de justificación ha sido un tópico con un grado particularmente alto de discusión y avance en los últimos años⁵.

El presente artículo constituye una exposición de una reconstrucción sistemática de esta clase. Su objeto es dar cuenta de la estructura interna del sistema compuesto por sus tres instituciones

⁴ Una versión más completa de la crítica puede encontrarse en WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 11 y ss. Véase también RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 203 y ss.; ENGLÄNDER, «Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenkollisionen», *GA*, 2010, p. 20; V. HAAS, «Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik», en KAUFMANN/RENZIKOWSKI (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, 2004, pp. 203 y s.; FRISCH, «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», en PAEFFGEN ET AL. (Eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion; Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, 2011, p. 427; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 172 a 174; HOYER, *SK*, 8ª ed., nm. 132., (entr. 2012), Vor § 32 ff., nm. 36-37; KINDHÄUSER, *NK*, 4ª ed., 2013, § 32, nm. 18; NEUMANN, *NK*, 4ª ed., 2013, § 34, nm. 12 y s.; ENGLÄNDER, *Matt/Renzikowski*, 2013, § 34, nm. 7; ZIESCHANG, «Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand», *JA*, 2007, p. 680; FRISTER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2011, 17. Capítulo 21.

⁵ Reducida a la pura confección de un sistema de derecho de necesidad y defensa, los trabajos fundamentales a ese respecto corresponden a HRUSCHKA, *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (AT)*, 2ª ed., 1988, pp. 68 y ss.; EL MISMO, «Extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en JESCHECK/LÜTTGER (eds.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, 1977, pp. 189 y ss.; EL MISMO, «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *JuS*, 1979, pp. 385 a 396; y EL MISMO, «Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?», *NJW*, 1980, pp. 21-23; y JAKOBS *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., 1991, 11/3, 3a, EL MISMO, «Rechtfertigung und Entschuldigung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision)», en ESER/NISHIHARA (Eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, 1995, pp. 145 y s.; EL MISMO, *Rechtswang und Personalität*, 2008, pp. 15 y ss.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 44 a 50. Véase sin embargo ya STRATENWERTH, «Prinzipien der Rechtfertigung», *ZStW*, 1956, pp. 41 y s., y 49 y ss. Las más completas reconstrucciones sistemáticas de un sistema de derechos de necesidad y defensa pueden encontrarse en RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, en particular pp. 178 a 199; EL MISMO, «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en BYRD/JOERDEN (eds.), *Philosophia Practica Universalis; Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, 2005, pp. 651 y ss.; y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, en particular pp. 131 y ss. y 304 y ss., EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 215 a 219 y 237 y ss., EL MISMO, «Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte», *GA*, 2003, pp. 12 y ss.; y EL MISMO, «Der rechtfertigende Defensivnotstand», *JURA*, 2002, pp. 26 a 31, con ulteriores referencias. En español pueden consultarse los trabajos de COCA VILA, «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1), 2011, pp. 17 y ss.; y BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 17 y ss.

centrales, a saber, legítima defensa, estado de necesidad defensivo y estado de necesidad agresivo. Siguiendo a la dogmática ya prácticamente dominante en la actualidad, pretendo dar cuenta de la estructura del sistema a partir de la oposición de principios con contenido legitimatorio: el principio de autonomía (también mal llamado principio de responsabilidad) y el principio de solidaridad. Si bien ello puede parecer a primera vista poco novedoso, la falta de claridad conceptual en el tratamiento de estos principios ha provocado que una de las instituciones del sistema, el estado de necesidad defensivo, no tenga una posición sistemática clara. Esta falta de claridad se deriva de las dificultades en el tratamiento de la distinción entre “principio de autonomía” y “principio de responsabilidad” y, sobre todo, en la dificultad de reconocer diferencias en las formas de asignación de responsabilidad que caracterizan a la legítima defensa y al estado de necesidad defensivo.

2. El sistema formal de derechos de necesidad y defensa

2.1 Introducción: tres sistemas de derechos de necesidad y defensa

Toda situación a cuyo respecto resulte aplicable un derecho de necesidad o de defensa implica por definición el establecimiento de una relación normativamente calificada entre al menos dos partes. Por hipótesis, en estas situaciones siempre es necesaria la lesión de un interés jurídicamente relevante de otro, ya sea para la salvaguarda de un interés propio o de uno de un tercero. Con ello, esa acción de necesidad puede encontrarse normativamente calificada como permitida, en cuyo caso el destinatario de la acción de necesidad tiene un deber de tolerancia, o como prohibida, en cuyo caso el destinatario de la acción de necesidad tiene un derecho de respeto: la situación se caracteriza de esta forma, ante ausencia de permiso de afectación, por la configuración general de una prohibición de injerencia ajena en un ámbito de autonomía propio. Por supuesto, es analíticamente posible que la acción de afectación se encuentre permitida sin deber de tolerancia (“permitida en sentido débil”) o que su realización (u omisión en su caso) no se encuentre sólo permitida, sino mandada. Al tratarse, sin embargo, de un problema de causas de justificación, la ausencia de permisos en sentido débil puede ser también asumida por hipótesis⁶: las acciones originalmente definidas como prohibidas por afectar ámbitos jurídicos ajenos tienen que pasar a ser recalificadas como permisos en sentido fuerte, es decir, con deberes de tolerancia correlativos. Asimismo, la reconducción general de esos intereses a esferas de autonomía hace que su defensa sea siempre facultativa. Con ello, la posibilidad de la calificación de la acción de necesidad por medio de mandatos también puede ser eliminada. La determinación binaria permitida/deber de tolerancia del destinatario y prohibida/deber de respeto del agente es aquello que tiene que ser reconstruido por el sistema.

La relación normativa en que se encuentra la necesidad de lesión de intereses ajenos puede así adoptar dos formas: obligación de abstención del agente de necesidad (u obligación de acción, en el caso de deberes reconstruibles como mandatos) y derecho de respeto correlativo del destinatario de la acción de necesidad; o permiso de acción (u omisión) del agente de necesidad y deber de tolerancia correlativo. Toda reconstrucción sistemática tiene que respetar esta consistencia en el tratamiento de las relaciones entre las partes: la existencia de una obligación de

⁶ Al respecto, véase WILENMANN, «Injusto, justificación e imputación», en MAÑALICH (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, 2013, pp. 156 y ss.

abstención debe siempre encontrar su fundamento en un derecho legítimo de respeto, mientras que el permiso de acción de necesidad implica siempre la fundamentación de un deber de tolerancia. En cualquier otro caso, la acción estaría calificada de forma contradictoria desde el punto de vista del agente y del destinatario de la acción, lo que es incompatible con la correlación lógica que caracteriza la configuración de relaciones normativas interpersonales.

Considerado (genea)lógicamente, el sistema de derechos de necesidad y defensa del derecho penal puede ser considerado como una evolución en tres estadios. El primer estadio se deja caracterizar formalmente como sistema simple o necesario. En él todas las posibles relaciones entre las partes comprometidas en una situación de necesidad pueden ser descritas a partir de pura oposición: si la situación de necesidad es *imputable* al destinatario de la agresión, existe un derecho de necesidad (por lo mismo, necesariamente describable como derecho de defensa), mientras que en todo otro caso existe un deber de abstención. Un sistema sencillo de este tipo se agota en la existencia de dos normas de comportamientos y una regla de imputación. La norma de comportamiento principal establece la prohibición general de afectación de otro en una posición jurídicamente protegida, mientras la norma de comportamiento secundaria levanta esa prohibición en condiciones descritas al menos parcialmente por las reglas de imputación del sistema: si la necesidad es calificable como agresión de acuerdo a esas reglas de imputación, es decir, si hay necesidad imputable, entonces hay permiso de defensa y, con ello, levantamiento de la obligación de abstención. Un sistema de esta clase aparece así calificado por la oposición entre la descripción de una situación normal (a saber: obligación de abstención describable en general como prohibición de afectación de autonomía ajena) y una institución que define su excepción, la legítima defensa.

Por supuesto, la reconstrucción analítica de la legítima defensa como excepción a la situación jurídica normal es engañosa y sólo formalmente cierta. La legítima defensa es, en realidad, expresión de la misma situación normal. Esto es algo que ya puede encontrarse claramente demostrado en KANT: si el derecho es comprendido como coacción posibilitante de la libertad externa, el ejercicio de coacción para evitar la limitación libre (es decir, en KANT, *imputable*) de la libertad externa sólo puede ser visto como ejercicio primario de derecho. “Toda acción constitutiva de injusto es coacción, pero no toda acción que ejerce coacción es constitutiva de injusto. No lo es, cuando puede ser vista como defensa frente a la acción constitutiva de injusto. De acuerdo a la regla de la doble negación, es decir, en tanto ‘evitación de una evitación de la libertad’, ella coincide con la libertad de acuerdo a leyes y es, por ello, derecho. Por ello, la facultad de coacción como permiso de defensa del propio ámbito de libertad es parte del concepto de derecho (...)”⁷. La facultad de evitación de la producción del injusto en caso de

⁷ KERSTING, *Wohlgeordnete Freiheit. Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie*, 3ª ed., 2007, p. 85. Similar, con ulteriores referencias, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 238 ss.; EL MISMO, «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *ZStW*, 2002, pp. 259 a 299 (véase mi traducción, «La legítima defensa según Kant y Hegel», en MAÑALICH (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, 2013, pp. 4 ss.; GRÜNEWALD, «Notwehreinschränkung – insbesondere bei provoziertem Angriff», *ZStW*, 2010, pp. 55 a 57; KINDHÄUSER, «Sobre la génesis de la fórmula “el derecho no debe ceder ante el injusto”», en MAÑALICH (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, 2013, pp. 79 y ss.; más lejos ENGLÄNDER, *Matt/Renzikowski*, § 32, nm. 4. También HRUSCHKA, en JESCHECK/LÜTTGER (eds.), *FS-Dreher*, pp. 191 y s., y 198 y ss.; y RENZIKOWSKI, en BYRD/JOERDEN (eds.), *FS-Hruschka*, 2005, pp. 660 a 662, no dicen nada distinto a esto cuando conceptualizan a la legítima defensa como una “causa de justificación extrasistemática” (esto es: como excepción necesaria a las reglas de comportamiento). Una construcción de esta clase puede

necesidad de la defensa no puede ser distinguida del derecho⁸. Con eso, el primer estadio del sistema de derechos de necesidad puede ser caracterizado como un *sistema necesario*.

En su segundo estadio, el sistema necesario se ve complementado a partir del establecimiento de una excepción analíticamente contingente. Ese complemento tiene lugar a partir del establecimiento de verdaderos derechos de necesidad (es decir, derechos de necesidad que no constituyan derechos de defensa), cuya extensión sería fijada por el mismo sistema. Considerado formalmente, el sistema necesario se vería de esta forma complementado por una segunda norma de comportamiento con forma de permiso, la cual esta vez sí tendría además contenido de un *verdadero* permiso sustantivo: bajo circunstancias determinadas por la misma norma, ámbitos de autonomía ajenos – intereses jurídicamente formalizados – podrían ser afectados con el objeto de salvaguardar la propia autonomía o la de un tercero. Esta excepción, a diferencia de la excepción aparente contenida en el sistema necesario, no requiere de reglas de imputación accesoria: la norma que concede el permiso tiene que describir las condiciones bajo las cuales éste es aplicable sin requerir interpretar comportamiento ajeno.

Como se ve, el sistema necesario se ve caracterizado, desde el punto de vista de los derechos de necesidad que concede, por la institución de la legítima defensa y, a partir de ésta, por una oposición binaria entre agresión y no agresión. El segundo estadio, el sistema complementado, se define a su vez por la oposición entre legítima defensa y estado de necesidad (agresivo), bajo el cual un permiso de afectación de autonomía ajena es introducido con respecto a no agresores. Aunque el segundo sistema tiene formalmente una regla de comportamiento adicional, ambos sistemas poseen sólo una regla de interpretación de comportamiento ajeno: las reglas de imputación en la legítima defensa. Con ello, incluso en su segunda etapa, el sistema mantiene un nivel de complejidad formal relativamente bajo: en el primer estadio el sistema se deja describir por la relación formal simple de la oposición (agresión vs. no agresión), mientras que en el segundo estadio el sistema es cubierto por la misma oposición y la inclusión de una excepción en la situación de no agresión. Todas las posibles relaciones normativas entre las partes en una situación de necesidad se ven así lógicamente caracterizadas, ya que por definición una oposición real taxativa agota todas las descripciones posibles.

Con la introducción de una tercera institución – el estado de necesidad defensivo –, el tipo de evolución del sistema cambia. Como se sabe, el estado de necesidad defensivo es un concepto que sólo resulta en nombre asimilable al estado de necesidad agresivo. Mientras el estado de necesidad agresivo establece las situaciones en las cuales la afectación de bienes jurídicos de un tercero no implicado (de un “inocente”) se encuentra justificada, el estado de necesidad defensivo se define precisamente por la competencia que el titular del bien jurídico afectado tiene por el peligro que hace necesaria la afectación⁹, con lo que deja de poder ser calificado como un verdadero inocente en relación con la situación de necesidad. Al tener que establecerse un vínculo entre generación de la situación de necesidad defensiva y el destinatario de la acción defensiva, ya no se trata de la introducción de una simple norma de comportamiento constitutiva

encontrarse ya en BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, v. III, 1961, pp. 3 y ss. y LÖFFLER, «Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre der Notwehr», *ZStW*, 1901, p. 543.

⁸ Así ya BIERLING, *Juristische Prinzipienlehre*, v. III, 1961, pp. 4 a 6.

⁹ Al respecto, véase en detalle COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 1 y ss.

de una excepción, sino de la introducción de un segundo subsistema de reglas de calificación del comportamiento (imprecisamente dicho: de un segundo sistema de reglas de imputación) y, a partir de él, de la generación de una norma de comportamiento correlativa a la segunda calificación. El comportamiento ya no puede ser sólo calificado como “agresión” (legítima defensa) o nada (estado de necesidad agresivo), sino que una segunda calificación (aquí: generación competente de peligro) puede tener lugar conforme a reglas distintas de las de la legítima defensa. Como el sistema ya no sólo tiene variaciones en uno – el nivel de las normas de comportamiento – sino en dos niveles – normas de comportamiento y reglas de imputación –, su descripción por medio de relaciones formales simples ya no es posible. El sistema puede ser caracterizado así en su tercer estadio como un sistema complejo. No es de sorprender, por ello, que el problema dogmático del tratamiento sistemático de las causas de justificación derivadas de situaciones de necesidad haya devenido interesante a partir del reconocimiento general en Alemania del estado de necesidad defensivo. Es precisamente ese aumento categórico de complejidad formal que el sistema ha sufrido a partir de la introducción del estadio defensivo lo que ha posibilitado, y hecho necesario, ese desarrollo.

2.2 Descripción general del sistema

Pese al aumento de complejidad del sistema a partir de la generación de un paralelo de dos subsistemas (subsistema de normas de comportamiento complementado por dos subsistemas de reglas de imputación), el sistema puede seguir siendo descrito ante todo a través de la diferenciación de dos tipos de situaciones de necesidad: situación de defensa, la que en realidad reúne situaciones calificadas por dos subsistemas distintos como de defensa, y situación de necesidad en sentido estricto. Cada situación de defensa es definida como condición de aplicación de un derecho de defensa (legítima defensa o estado de necesidad defensivo, dependiendo de la situación de defensa en cuestión), el cual fija al mismo tiempo el alcance del permiso a partir de restricciones en la acción de defensa autorizada. Situación de defensa es, en este sentido, la totalidad de las condiciones de aplicación de un derecho de defensa. En general, toda situación de defensa implica la afirmación copulativa de una agresión en sentido amplio, la que origina la necesidad de defensa. Esto puede ser esquematizado de la siguiente forma:

Agresión responsable (atribución de responsabilidad por la puesta en necesidad de defensa lesiva) ⇒
Situación de defensa ⇒ Derecho de defensa (limitada por el tipo de atribución de responsabilidad por la puesta en situación de defensa y por comparación de intereses)

Toda lesión causada al destinatario de la agresión que no implique alguna forma de atribución de responsabilidad por la necesidad de la acción de necesidad tiene que ser, en cambio, calificada a su vez como agresión imputable. Si esa agresión imputable se encuentra justificada, puede hablarse de un derecho de necesidad en sentido estricto (estado de necesidad agresivo). El derecho de necesidad no surge, sin embargo, de la pura existencia de una situación de necesidad, definida por la necesidad de salvaguarda a través de la lesión de autonomía ajena. Los requisitos que afectan a la acción de necesidad son tan extensos que hablar de limitaciones, como en el caso de los derechos de defensa, es impreciso. Antes, la comparación de intereses salvaguardados y afectados por la lesión de necesidad *fundamenta* la concesión del derecho de necesidad.

Peligro en una esfera de autonomía no atribuible a un tercero \Rightarrow Situación de necesidad \Rightarrow Prohibición de agresión/derecho de necesidad (dependiendo de comparación de intereses)

Como pese a la complejidad del sistema, éste sigue pudiendo ser caracterizado a partir de la oposición binaria taxativa entre situación de necesidad y situación de defensa, toda situación posible admite ser calificada por el sistema de una forma u otra. Dicho de otra forma: toda relación posible frente a un bien ajeno cuya utilización o afectación resulta necesaria para salvaguardar intereses propios o de un tercero es una situación de necesidad o defensa, *tertium non datur*.

3. El sistema de derechos de necesidad y defensa como sistema axiológico

3.1 Autonomía y solidaridad

Como se ve, ya la pura caracterización formal del sistema permite reconocer que en él se trata siempre de la fundamentación de una relación normativa que exige sacrificio de alguna clase de interés protegido. La representación estructural del sistema tiende por ello a ser sustituida por una representación que puede llamarse axiológica. De lo que se trata es de mostrar el tipo de razones que las instituciones del sistema realizan para fundamentar obligaciones de abstención y derechos de respeto correlativos o derechos de defensa/necesidad y correlativamente deberes de tolerancia. El sistema de derechos de necesidad y defensa puede así ser representado como formalización normativa del tipo de razones bajo las cuales se encuentran justificados derechos de respeto y permisos de salvaguarda agresiva en caso de necesidad. El sistema se construye así en relación a qué es aquello que permite pasar de la calificación de la situación normal (obligación de abstención/deber de respeto) a una justificación de la afectación de intereses de otra forma protegidos. Esto permite reconstruir el sistema a partir de la ya tradicional contraposición de un principio base – el principio de autonomía – y un principio de revisión – el principio de solidaridad¹⁰. El principio de autonomía juega aquí el rol de fundamento tanto de la

¹⁰ Así JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 11/3 y 11/3a; EL MISMO, en ESER Y NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, 1995, pp. 145 y s.; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1993, pp. 181 a 185; KÜHL, «Freiheit und Solidarität bei den Notrechten», en WEIGEND/KÜPER (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, 1999, pp. 260 y ss.; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., 2012, § 8, nm. 9; H.L. GÜNTHER, «Defensivnotstand und Tötungsrecht», en BÖSE/STERNBERG-LIEBEN (eds.), *Grundlagen des Straf- und Straferfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, 2009, p. 149; KINDHÄUSER, NK, 4ª ed., 2013, § 32, nm. 18; EL MISMO, LPK, 5ª ed., 2013, § 34, nm. 4 a 8; KÖHLER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1997, pp. 237 y s., 261 y ss.; HRUSCHKA, AT, 2ª ed., 1988, pp. 138 y ss., EL MISMO, JuS, 1979, pp. 385 a 396; LESCH, *Notwehrrecht und Beratungsschutz. Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs 1. StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht*, 2000, pp. 52 a 56; EUE, «Anmerkung zu BGH, Urteil v. 14.3.1989 – 1 StR 25/89 (LG Tübingen)», JZ, 1990, pp. 765 y s.; JÄGER, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, 2006, pp. 31-33; LUDWIG, «Gegenwärtiger Angriff», „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht. Eine Studie zu den temporalen Erfordernissen der Notrechte unter vergleichender Einbeziehung der Gefahrerfordernisse des Polizeirechts, 1991, pp. 118 y s.; MITSCH, *Rechtfertigung und Opferverhalten*, 2004, pp. 115 y 343 y ss.; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 2011, § 15 nm. 9; MERKEL, «Folter und Notwehr», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, 2006, pp. 385 y ss.; LADIGES, «Erlaubte Tötungen», JuS, 2011, p. 880; KRETSCHMER, «Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung», NSfZ, 2012, pp. 177 y ss.; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 158 a 162; KREY/ESER, *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2012, § 15 nm. 622 y s.; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit*, 2012, pp. 19 y s.; ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, p. 96; EL MISMO, GA, 2010, p. 21; PUPPE, *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., 2011, § 12 Nm. 1; LA MISMA, «Rechtfertigung und Bestimmtheit», en KUDLICH/MONTIEL/SCHUHR (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, 2012, pp. 167 y s.; FRISTER, «Die Notwehr im System der Notrechte», GA, 1988, pp. 293 y ss.; V. HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender*

situación normal (obligación de abstención) como de justificación de la facultad de agresión en situación de defensa. El principio de solidaridad, en cambio, aparece como fundamento de la modificación de la calificación normativa de la situación como normal pese a no tratarse de una situación de defensa.

Planteada de esta forma, la contraposición es engañosa: ella parece construir a los derechos de necesidad, derivados del principio de solidaridad, en ruptura con el concepto de libertad¹¹. No puedo explicar en este contexto las razones de teoría de la libertad que hacen implausible una construcción de este tipo. Lo relevante es ver que la contraposición formal entre autonomía y solidaridad antes que una contraposición entre libertad y un principio contradictorio tiene que ser reconstruida como una oposición entre tipos de razones normativas al interior del concepto de libertad. El así llamado principio de autonomía, mejor descrito como “principio de autonomía formal”, establece la forma normal en que el derecho abstracto asigna libertad, a saber, a partir de la atribución de posiciones formales intangibles, cuya afectación prohibida se ve determinada a su vez formalmente (por medio de reglas de imputación). En las relaciones entre personas, el derecho otorga posiciones formales fundamentalmente dejadas a disposición de su titular; esa asignación es expresiva de una distribución formal de autonomía. Aunque la distribución formal de autonomía constituye la forma general de atribución de la libertad a través del derecho, éste establece a su vez límites en la observación puramente abstracta de conflictos. Esos límites, en los cuales se expresa la posibilidad de una consideración sustantiva y concreta de la libertad en juego, pueden ser agrupados bajo la descripción “principio de solidaridad”¹². El principio de solidaridad constituye de esta forma a la vez un límite a la abstracción en la reconstrucción de conflictos normativos por parte del derecho y una excepción en el tipo de razonamiento que permite distribución de libertad: en vez de asignación abstracta fundada en posiciones formales, asignación concreta fundada en intereses concretos en juego.

3.2 El problema del fundamento de los derechos de defensa

a) Principios referidos a normas de comportamiento y principios referidos a normas de imputación: autonomía y responsabilidad

Como puede verse, los dos principios contradictorios tienen como ámbito normativo de referencia a normas de comportamiento. La autonomía formal constituye el fundamento general de los derechos de respeto y obligaciones de abstención correlativas, mientras que la solidaridad constituye el fundamento de derechos de necesidad y deberes de tolerancia correlativos fundados en situaciones de necesidad. En el caso de la solidaridad, su expresión directa es la norma de comportamiento expresiva de una causa de justificación, por lo que el principio alcanza por sí mismo para describir al estado de necesidad agresivo. Dicho de otra forma: el estado de necesidad agresivo puede ser visto sin más como la institucionalización de un principio de solidaridad a propósito de la regulación de facultades de afectación de ámbitos de autonomía

Kausalverläufe, 2002, p. 101; COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, pp. 17 y ss.; y BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1993, pp. 23 y ss.

¹¹ En relación con esto y lo que sigue en el tratamiento de las relaciones entre los conceptos de autonomía y solidaridad, véase el trabajo fundamental de PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 105 ss.

¹² Véase mi “El fundamento del estado de necesidad en el derecho chileno”, a ser publicado en la Revista de Derecho de la Universidad Austral de Valdivia en Julio de 2014 (disponible en www.scielo.cl).

ajenos. No sucede lo mismo con las causas de justificación derivadas de la autonomía formal, ya que el objeto de referencia de ésta son normas de comportamiento constitutivas de prohibiciones, esto es, precisamente aquello que las causas de justificación levantan (la *situación jurídica normal*). Uno puede sostener con razón que la prohibición de lesionar el cuerpo o la propiedad de otro es una expresión de la autonomía formal y que el derecho a defenderse frente a agresiones de esta clase tiene el mismo fundamento que la configuración de la situación jurídica normal. Pero dado que se trata precisamente de explicar por qué la lesión causada en esa defensa no infringe la prohibición existente en principio frente al agresor – es decir, por qué no es contraria al principio de autonomía formal –, la mera referencia a ese principio permanece analíticamente confusa pese a su corrección. La pura referencia a la autonomía formal no alcanza así a dar cuenta formalmente de la legítima defensa ni del estado de necesidad defensivo, pese a que en particular la primera encuentre su fundamento evidentemente en ella. Mucho menos puede ser descrita la diferencia entre ambas causas de justificación haciendo una simple referencia a dicho principio.

En la falta de relación formal directa entre autonomía formal y derechos de defensa es donde se manifiesta la confusión entre los así llamados principios de autonomía y de responsabilidad. El principio de responsabilidad constituye un principio interpretativo que hace operativa la atribución de esferas de autonomía formales. No es un principio, por ello, que funcione en un plano sistemático equivalente a los principios de autonomía formal y de solidaridad, sino que permite hacer interpretativamente operativo al principio de autonomía formal. La mera existencia de una prohibición no puede por sí misma responder la pregunta por las condiciones en las cuales la misma aparece imputablemente – lo que en lenguaje sustantivo antes que formal quiere decir: responsablemente – afectada¹³. Esto es: pese a que puede afirmarse que el derecho tenga por función la posibilidad de la autonomía y que ello funciona primariamente a través de la asignación de esferas formales de libertad, y aunque se admita incluso *à la Kant* que de ello se deriva inmediatamente la necesidad de concesión de derechos de defensa frente a la agresión, esto no responde a la pregunta todavía por las condiciones bajo las cuales la afectación de autonomía ajena, y con ello la agresión frente a la cual se conceden derechos de defensa, tiene lugar del todo. Las reglas de imputación (el principio de responsabilidad) cumplen el rol sistemático de permitir realizar esta asignación de sentido: permiten calificar una situación ajena como “injusto” (teoría del delito), “agresión antijurídica” (dogmática de la legítima defensa) o “competencia por un peligro” (dogmática del estado de necesidad defensivo).

b) Los modelos de responsabilidad en el contexto de los derechos de defensa

El problema de la concesión de sentido al comportamiento, de forma tal de permitir la identificación de las condiciones bajo las cuales un comportamiento aparentemente anti-normativo tiene el verdadero sentido de infringir la norma protectora de autonomía, y de esta forma de afectar autonomía ajena, constituye probablemente el punto central de toda la teoría del delito. Las reglas de imputación admiten ser representadas en general como condiciones de

¹³ Esto reproduce el conocido argumento de teoría de las normas respecto a que una norma no puede fijar ella misma las condiciones de identificación de su propia lesión. La auto-referencia de una norma no sería lógicamente posible. Al respecto, con ulteriores referencias MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, pp. 36 y s.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 29 y ss.; JAKOBS, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 23 y s.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 255; RENZIKOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 23; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 57 y ss.

identificación de ese sentido: sólo cuando el comportamiento puede ser identificado de acuerdo a ellas como responsable, el derecho concede el sentido de injusto y, con ello, declara en su caso procedente a la pena. Esa concesión de sentido depende de fundamentos en general relacionados con el tipo de normas mismas a las que las reglas de imputación se refieren. En el caso del derecho penal, su particular fijación retrospectiva dada por la representación de que la pena es una reacción merecida al comportamiento injusto hace que las reglas de entrega del sentido “injusto” tengan una orientación marcadamente reactiva y, por derivación, volitiva. Las reglas de imputación se orientan en general a determinar las circunstancias bajo las cuales un comportamiento puede legítimamente ser tratado como infracción voluntaria de la norma, esto es, como infracción de la norma en condiciones en que su exigencia de seguimiento era posible y conocida y, sin embargo, no se siguió¹⁴. Esto es, por cierto, aquello que se encuentra detrás de la teoría clásica de la imputación¹⁵, del concepto hegeliano de acción (así como, en general, de la dogmática penal antes de establecimiento del así llamado sistema clásico de la teoría del delito) y, en parte, de la teoría del delito misma. En todos estos casos, a las reglas de atribución de responsabilidad (imputación) por la producción del estado de cosas antinormativo subyace un concepto voluntarista (mejor: reactivo) de responsabilidad que puede denominarse, de forma ciertamente poco elegante, “responsabilidad fuerte”. En otras palabras: la orientación en la determinación de condiciones de defraudación de una norma a un determinado concepto de no-seguimiento voluntario puede ser, en sí, denominada como responsabilidad fuerte. En ella, sea que se adopte un poco convincente punto de vista subjetivista con fijación psicológica o que se pretenda normativizar la idea de voluntad y hacerla directamente dependiente de las circunstancias, la acción antinormativa pretende ser presentada como decisión a algo; si el conocimiento exigido de la norma incorpora tanto su contenido como sus consecuencias, la consecuencia jurídica puede ser tratada legítimamente como querida de la misma forma que lo hace la acción. El particular potencial legitimatorio de la idea de responsabilidad fuerte deriva de este vínculo.

La responsabilidad fuerte constituye la forma paradigmática en la que atribuimos autoría por una acción. Como tal, y más allá del problema central que la afecta – el así llamado problema del libre albedrío –, las instituciones distributivas cuya forma de funcionamiento derive de este concepto de responsabilidad pueden ser al menos fundamentadas con mayor naturalidad. En otras palabras: distribución de autonomía y mantenimiento de esa distribución a partir de normas cuya defraudación se verifica intencionalmente reproducen los problemas tradicionales del concepto de responsabilidad, y nada más. La legítima defensa se inserta en este esquema¹⁶. Ella es una

¹⁴ Similar JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 6/20 y ss.; HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 18 y ss.; KINDHÄUSER, *Gefährdung als Straftat*, 1989, pp. 34 y s.; STUCKENBERG, *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, 2007, pp. 206 y s.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 297 y s.; MAÑALICH, *Nötigung und Verantwortung*, 2009, p. 47.

¹⁵ Respecto a la relación entre acción e imputación, fundamental HRUSCHKA, *Strukturen der Zurechnung*, 1976, pp. 10 y ss.

¹⁶ No puedo tematizar en detalle en este contexto la discusión sobre el fundamento de la particular amplitud de la legítima defensa. Un buen resumen puede encontrarse en KORIATH, «Einige Gedanken zur Notwehr», en BRITZ et al (eds.), *Grundfragen staatlichen Strafens; Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, 2001, pp. 363 y ss. De acuerdo con KORIATH, las estrategias de fundamentación se dejan dividir en referencia al ordenamiento jurídico (principio de protección del derecho – teorías supraindividuales); en la peculiar cualidad injusta de la agresión; en el control sobre el suceso que tiene el destinatario de la acción defensiva; en la particular forma de afectación de autonomía que ella supone y, por último, en concepciones derivadas de la teoría del contrato social. Véase también la tematización de la discusión en PAWLIK, *ZStW*, 2002, pp. 262 a 265; y MITSCH, *Rechtfertigung und*

forma de mantenimiento de autonomía formal derivada de un concepto de responsabilidad fuerte: el permiso de afectación de intereses encuentra su fundamento en la propia responsabilidad del autor por haber creado intencionalmente el estado de cosas antinormativo que hace necesaria la defensa para evitar su concreción¹⁷. Como tal, tiene una dependencia de formas de atribución de intencionalidad del comportamiento que encuentran expresión en la utilización en la mayor parte del derecho penal de un concepto tradicional de las normas y de la acción.

Este es el contexto en el cual se inserta la polémica incorrectamente referida a la exigencia de culpabilidad en la legítima defensa¹⁸. Si la distinción entre legítima defensa y estado de necesidad

Opferverhalten, 2004, pp. 325 y ss. En español, puede revisarse la detallada exposición de LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2006, pp. 17 y ss. Desde el punto de vista de la clasificación de KORIATH, la concepción aquí defendida se concentra en la calidad de injusto de la agresión (lo que MITSCH, a su vez, denomina "teorías individualistas concentradas en la posición del agresor", pp. 343 a 349). Las dos descripciones son, sin embargo, imprecisas. La ordenación es más bien relacional: la acción del agresor y las condiciones de su producción, por cierto, son lo que permite atribuir plena responsabilidad y fundamentar de esta forma la asunción de la afectación que se deriva de la acción defensiva. Esto no es posible de calificar, sin embargo, exclusivamente a partir de la posición del agresor, sino que constituye una relación normativa. Tampoco es completamente precisa la calidad de injusto, si injusto se define como la condición normativa de procedencia de la pena. Por ello, es mejor ordenarla como teoría interpersonal de los derechos de defensa (así también PAWLIK, *ZStW*, 2002, p. 287).

¹⁷ La más elocuente descripción contemporánea de esta concepción de la legítima defensa se encuentra en MERKEL, en PAWLIK/ZAZCYK (eds.), *FS-Jakobs*, 2006, pp. 390 y ss. Siguiendo la fundamentación de la legítima defensa en la idea de responsabilidad por parte de Jakobs, Merkel ha mostrado que la extensión de la responsabilidad define, a su vez, la extensión de la acción de defensa permitida en la legítima defensa: el agresor sólo puede ser indudablemente tenido por responsable por lo necesario para la defensa, por lo que el permiso sólo se deja fundamentar en ese límite. Metafóricamente descrito: la legítima defensa sería auto-lesión en autoría mediata, por lo que defensa mortal necesaria se dejaría caracterizar como "suicidio en autoría mediata"; "considerado normativamente, el agresor se mata a sí mismo a través de la acción de defensa necesaria." Similar, por ejemplo, JAKOBS, *Rechtszwang und Personalität*, 2008, pp. 15 y s.; EL MISMO, *System der strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 45 y s.; PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 237 y s., y 242 y s.; LESCH, «Die Notwehr», en WIDMAIER et al (eds.), *Festschrift für Hans Dahs*, 2005, pp. 91 y ss.; MÜSSIG, «Antizipierte Notwehr. Das Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe als Kriterium objektiver Zurechnung», *ZStW*, 2003, pp. 232 a 234; KÜHL, «Notwehr ein Kampf ums Recht oder Streift der misßfällt? Schlaglichter der Notwehrdiskussion der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Österreich», en SCHMOLLER (ed.), *Festschrift für Otto Triffler zum 65. Geburtstag*, 1996, p. 152; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, p. 20. Más lejos MONTENBRUCK, *Thesen zur Notwehr*, 1983, pp. 30 a 37. El criterio de MONTENBRUCK de la asunción de riesgo constituye una radicalización de la idea de responsabilidad que se resulta poco plausible. De ser un caso de asunción de riesgo, se trataría de una forma de consentimiento (concluyente) en la lesión por parte del agresor. Esto es poco expresivo. En la legítima defensa nunca existe consentimiento real en la lesión, por lo que la construcción del consentimiento tendría que fundamentarse en relación con dos hechos: la existencia de la institución de la legítima defensa y el ejercicio de la agresión. Como el permiso de lesión en situación de legítima defensa existe, uno consentiría en la lesión al producir las condiciones de procedencia de la legítima defensa (la agresión intencional). La construcción no es, por cierto, incorrecta, pero no da cuenta de ninguna particularidad de la legítima defensa: todas las instituciones jurídicas que requieren alguna atribución de intencionalidad se dejan fundamentar de igual forma por este medio. Esto es algo trivialmente conocido en general en el derecho desde Rousseau y trivialmente conocido en la teoría de la pena desde Hegel.

¹⁸ En la literatura contemporánea JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 12/16 a 21; PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 307 y s. (crítico, sin embargo, en EL MISMO, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 241 y 268 y s., n. 76); R. HAAS, *Notwehr und Nothilfe. Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe. Geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik*, 1978, pp. 223 y ss.; HRUSCHKA, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 141 y ss.; EL MISMO, en JESCHECK Y LÜTTIGER (Eds.), *FS-Dreher*, p. 206.; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1993, p. 99; EUE, *JZ*, 1990, p. 766; FREUND, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, 1998, nm. 98; MÜSSIG, *ZStW*, 2003, p. 233, n. 34; LESCH, *Notwehrrecht und Beratungsschutz. Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs 1. StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht*, 2000, pp. 40 y s.; EL MISMO, en WIDMAIER et al. (eds.), *FS-Dahs*, 2005, pp. 94 y ss.; LUDWIG, „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht. Eine Studie zu den temporalen Erfordernissen der Notrechte unter vergleichender Einbeziehung der Gefahrenerfordernisse des Polizeirechts, 1991,

defensivo tiene alguna justificación sistemática, y si además la medida de la extensión de la facultad de defensa en legítima defensa puede ser fundamentada, ello sólo puede tener lugar en relación con un concepto de responsabilidad fuerte. La dogmática de la legítima defensa tematiza las reglas de imputación que permiten esa atribución de responsabilidad fuerte. El tratamiento de esas reglas de imputación forma parte, con ello, de la dogmática particular de ésta. Aquí sólo es necesario insistir en un punto: responsabilidad normativa fuerte no se deja entender sin exigencia de plena competencia normativa, es decir, sin que exista la posibilidad del todo de entender que el sujeto (construido aquí en relación con su voluntad) se comportó contra las exigencias normativas. La construcción del sujeto presupone, por ello, capacidad de comprensión y seguimiento racional de normas y atribución de conocimiento del contenido de las normas.

Nada de esto tiene potencial justificativo ni operativo en lo que tiende a ser conocido fenomenológicamente como estado de necesidad defensivo (“el peligro emana de la esfera jurídica del destinatario de la acción de necesidad”). En general, aquello que se discute al tratar el estado de necesidad defensivo son casos en los cuales precisamente falta de forma evidente la posibilidad de atribución de responsabilidad fuerte, sea por razones personales (inimputables), normativas o temporales (“legítima defensa preventiva”). Si el derecho penal, con su particular fijación retrospectiva, sólo permitiera asignar responsabilidades a partir del modelo de la responsabilidad fuerte, entonces los casos de estado de necesidad defensivo debieran ser tratados como casos de estado de necesidad agresivo, es decir, como situaciones en las que la justificación de la facultad de agresión deriva de consideraciones ajenas al comportamiento previo del destinatario de la agresión. En ellos, el peligro tendría que aparecer como azar y la posibilidad de evitarlo usando bienes de otro sólo sería lícita de cumplirse las condiciones para lesionar intereses de un inocente. Pero precisamente aquello que revela la dogmática del estado de necesidad defensivo es que existen buenas razones distributivas para considerar que los resultados que se siguen de un tratamiento de esta clase son injustificables. ¿No tiene el dueño de la cosa que pone en peligro a otro que internalizar los peligros que surgen de ella? Los peligros que surgen de cosas propias parecen ya semánticamente no poder ser tratados como algo “ajeno”, es decir, como casualidad normativa. Sin embargo, tratado desde el punto de vista de las categorías de la responsabilidad fuerte, la defensa frente a cosas puede tener lugar incluso frente a situaciones que no pueden en caso alguno considerarse acción, la unidad mínima de descripción de un vínculo entre la voluntad de un sujeto y un estado de cosas determinado. Algo

pp. 106-107; GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, pp. 231 y s.; ENGLÄNDER, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, pp. 256-258; FRISTER, GA, 1988, pp. 305 y ss.; KINDHÄUSER, NK, 4ª ed., 2013, § 32, nm. 22 y s., y 65; KORIATH, «Das Brett des Karneades», JA, 1998, pp. 253 y s.; SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1975, Sección 9, nm. 86; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 163 y s.; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, p. 60. De *lege ferenda* también FRISTER, AT, 5ª ed., 2011, Capítulo 16, nm. 11 y s. Por cierto, la polémica respecto a la exigencia de “culpabilidad” en la acción antijurídica en la legítima defensa es confusa en su terminología, como correctamente muestran LESCH, *Notwehrrecht und Beratungsschutz. Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs 1. StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht*, 2000, p. 18; EL MISMO, en WIDMAIER et al (eds.), *FS-Dahs*, 2005, pp. 94 y ss.; KINDHÄUSER, NK, 4ª ed., 2013, § 32, nm. 66; y EL MISMO, LPK, 5ª ed., 2013, § 32 nm. 25 y s. Culpabilidad en sentido estricto solo puede tener lugar en relación con acciones típicas, lo que en ningún caso es defendido por los representantes de la opinión que exige “culpabilidad” del agresor. En cambio, se trata de la exigencia de criterios personales fuertes de imputación (es decir, apelabilidad normativa). Correctamente remarca por ello LESCH, *Notwehrrecht (...)*, pp. 40 a 41, que la “culpabilidad” en el contexto de la legítima defensa no corresponde ni puede corresponder a la culpabilidad en el contexto de la teoría del delito. Se trata, en cambio, de una exigencia de responsabilidad fuerte. Como se trata del concepto de culpabilidad de la teoría del delito, los argumentos tradicionales que se entregan contra esta opinión.

similar sucede, por ejemplo, con los inimputables. Los inimputables se caracterizan por la no-atribución de capacidad plena de seguir normas, pero pese a ello se les conceden plenos derechos subjetivos. Deducir de ello que en cualquier situación esos derechos subjetivos se mantienen inalterados, por lo que hay intangibilidad completa de su cuerpo aún en los casos en que ponen en peligro la vida de otro, es evidentemente contra-intuitivo. La distribución asimétrica de autonomía que se sigue respecto de quienes sí cumplen las condiciones personales de imputabilidad no puede ser justa.

La dogmática del estado de necesidad defensivo demuestra así, por una parte, que las intuiciones que revelan los tipos de casos tematizados por éste tienen un trasfondo de plausibilidad fundamental latente, pero que ese potencial latente ha tendido a permanecer en ese estado. En parte, esto es una consecuencia de la fijación de la dogmática de la Parte General en categorías de responsabilidad fuerte: la reducción de las facultades de defensa a una cuestión que depende completamente del punto de vista del agresor hace que surjan resultados hipotéticos completamente contra-intuitivos. Ante ello, la dogmática dominante, que desde MEZGER ha con razón rechazado la fijación excluyente en el punto de vista del agresor al tematizar los derechos de defensa, se ha contentado con tematizar a la legítima defensa desde el punto de vista de las necesidades de protección del agente en legítima defensa para evitar que los resultados más contra-intuitivos, ante todo la inexistencia de derechos de defensa ante inimputables, se realicen¹⁹. Pero esta forma de proceder no sólo se desentiende de aquello que diferencia fundamentalmente al estado de necesidad defensivo y a la legítima defensa – ¿si la legítima defensa es la sede de tratamiento de las necesidades privadas de protección que merecen ser reconocidas en general, para qué entonces estado de necesidad defensivo del todo? –, con lo cual es sistemáticamente inconsistente, sino que se desentiende al mismo tiempo del aspecto interpersonal que caracteriza a los derechos de defensa. En otras palabras: intereses cuya protección es concedida por el ordenamiento jurídico se encuentran afectados en todas las situaciones de necesidad. Ello no permite ni siquiera diferenciar a la legítima defensa frente a las situaciones de estado de necesidad agresivo.

Antes bien, de lo que se trata en el estado de necesidad defensivo es de la existencia de un segundo subsistema de reglas de imputación cuya fundamentación y, derivativamente, configuración viene dada por criterios distinguibles de los de la responsabilidad fuerte. Mientras en la responsabilidad fuerte se trata de la generación de conexión entre un estado de cosas y una cierta interpretación de la voluntad, la cual permite atribuir fundadamente consecuencias negativas al agente – es decir, distribuirle cargas –, en el estado de necesidad defensivo hay distribución de cargas negativas las cuales no pueden justificarse por este peculiar modelo. Estas reglas puramente distributivas pueden ser denominadas, por ello, reglas de “responsabilidad débil”. Al igual que en el caso de las reglas de la responsabilidad fuerte, se trata de razones normativas para distribuir libertades y con ello negativamente para atribuir cargas. A diferencia de la responsabilidad fuerte, esa distribución no se justifica indirectamente a partir de una construcción de la relación entre voluntad y normas, sino directamente. Las normas no aparecen aquí como expresión de obligaciones personales, sino como estándares de configuración de

¹⁹ Al respecto, véase la exposición y las críticas en Wilenmann, «Injusto, justificación e imputación», en MAÑALICH (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, 2013, pp. 151 a 155.

estados de cosas. Las reglas de la responsabilidad débil son reglas, por ello, *puramente* distributivas. Ejemplo: No hay conexión normativamente relevante entre la voluntad del inimputable que produce un estado de cosas contrario a lo que las normas exigirían para un inimputable y la norma misma – uno no puede decir, por ello, que “infringió” la norma y que esa infracción justifica, por ejemplo, la concesión de una facultad de defensa -, pero ese estado de cosas puede ser visto como algo que no debe ser, es decir, como algo que no tiene que soportar otro miembro de la comunidad normativa²⁰. Algo similar sucede con el caso paradigmático del estado de necesidad defensivo, a saber, la defensa frente a cosas. Si un animal cuyo dueño ha cumplido con todos los estándares de cuidado exigidos pone en peligro el patrimonio de otro, entonces existen buenas razones para considerar que la defensa por medio de eliminación o lesión del animal debiera encontrarse permitida, pero esas razones no pueden vincularse con el modelo de la responsabilidad fuerte.

Los requisitos del estado de necesidad defensivo constituyen de esta forma expresiones de razones distributivas en la fundamentación de la atribución de cargas. No es, por ello, que la persona tenga que ser reconstruida como un agente racional como en el caso de la legítima defensa, sino que la calidad de beneficiario de autonomía en tanto titular de derechos subjetivos y de un ámbito de autonomía propio implica la atribución de cargas derivadas de ello. Es por ello, y no en cambio porque pueden infringir obligaciones, que el derecho concede derechos limitados de defensa frente a inimputables. Algo semejante sucede con la defensa frente a cosas. La mayor parte de la dogmática se ha contentado con tratarlo como un caso de administración de peligros y, por ello, vincularlo a la imputación objetiva de la teoría del delito: como la cosa es peligrosa, habría administración deficiente de los propios peligros en ciertos casos de peligros generados por cosas, por lo que se justifica hacer que el propietario pague con la posibilidad de defensa frente a las cosas por su propio déficit²¹. Pero la razón de tener que cargar con el peligro que se deriva de las cosas propias deriva más bien del fundamento mismo del reconocimiento de propiedad. En tanto atribución especial y asimétrica de autonomía en el reconocimiento de la calidad de propietario, toda carga que se derive de esa condición le corresponde al propietario. En esto, es normativamente irrelevante que la cosa sea peligrosa y no es necesario que haya deficiencia en la administración de la propiedad: en cualquier caso, el peligro no tiene por qué ser asumido por el otro, ya que esa configuración de la distribución de autonomía beneficia en concreto sólo al propietario. Esto es: el propietario (o, más amplio, el poseedor) es siempre competente por los peligros que se derivan de las cosas de las que es propietario²². Es

²⁰ Fundamental en la distinción entre una dimensión puramente distributiva de las normas, bajo la cual éstas son estándares respecto a lo que debe ser y cuyas condiciones de infracción tienen que ser fijadas de esta forma, y normas como imposiciones de obligación en un sentido personal, ARMIN KAUFMANN, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, pp. 124 ss. Similar V. HAAS, *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, 2002, p. 89 y RENZIOWSKI, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, 1997, p. 219, n. 39, con referencia directa a KAUFMANN.

²¹ Así, por ejemplo, GROPP, *AT*, 2ª ed., 2001, § 11 nm. 38 a 41; HEINRICH, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., 2012, nm. 963; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 1996, pp. 626 y s.; MURMANN, *Grundkurs Strafrecht*, 2011, § 29, nm. 59 a 62; PUPPE, *AT*, 2ª ed., 2011, § 29, nm. 9 a 10; RENGIER, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., 2012, § 50, nm. 45 a 53; STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ª ed., 2011, § 13, nm. 44; KINDHÄUSER, *LPK*, 5ª ed., 2013, § 13, nm. 37 y 41 a 42; EL MISMO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., 2011, § 36, nm. 54.

²² Similar RENZIOWSKI, en BYRD/JOERDEN (eds.), *FS-Hruschka*, 2005, p. 654; RUDOLPHI/STEIN, *SK*, 8ª ed., (entr. 2012), § 13, nm. 20; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, p. 162. Similar, pese a no trazar una diferencia categórica entre competencia como propietario y competencia por el comportamiento, JAKOBS, *Die strafrechtliche Zurechnung vom Tun und Unterlassen*, 1996, pp. 20 y ss.; PAWLIK, *GA*, 2002, pp. 22 y s. Para una representación

precisamente por eso que el derecho civil puede reconocer, por ejemplo, supuestos más amplios de responsabilidad por daños derivados de cosas ajenas. El esquema interpretativo en la determinación de la competencia se deriva simplemente del reconocimiento de la calidad de poseedor o dueño y no necesita, como en el caso de peligros derivados del comportamiento, de reglas interpretativas ulteriores (salvo las reglas negativas de determinación de responsabilidad del agente/de un tercero).

No puedo en este contexto presentar una reconstrucción detallada del tipo de razones jurídicas que permiten atribuir competencia preferente distributiva, ni mucho menos presentar específicamente esos criterios en el contexto de la dogmática del estado de necesidad defensivo²³. Lo que me interesa es mostrar la forma en que el estado de necesidad defensivo se inserta en el sistema de derechos de necesidad y defensa: tiene un fundamento compartido con la legítima defensa, pero la realización de ese fundamento – las reglas de atribución de responsabilidad que hacen operativo al principio de autonomía – tiene lugar por criterios distintos de los de la legítima defensa.

Pese a ello, las reglas de imputación en ambos casos pueden ser presentadas como criterios de distribución de cargas. Toda forma de responsabilidad es una forma de distribución de bienes y cargas. Ello permite distinguir dos conceptos de estado de necesidad defensivo. Si estado de necesidad defensivo se define como toda situación de defensa en la que el destinatario de la acción defensiva tiene preferencia normativa en el soporte de la carga en cuestión – es decir, se trata de toda situación de necesidad provocada por una sobre extensión de un ámbito de libertad –, entonces tanto la legítima defensa como aquello que se conoce como estado de necesidad defensivo integran el concepto. Esto es: la legítima defensa y el estado de necesidad defensivo pueden ser integrados en un concepto amplio de estado de necesidad defensivo. El estado de necesidad defensivo en sentido estricto se distingue de la legítima defensa por una extracción de la legítima defensa del conjunto “estado de necesidad defensivo en sentido amplio”: estado de necesidad defensivo en sentido estricto son todos los casos de estado de necesidad en sentido amplio cuyas razones de atribución de primacía distributiva no se relacionan con el modelo de la responsabilidad fuerte, es decir, con las reglas de la legítima defensa.

c) Realización de los dos conceptos de responsabilidad en los derechos de defensa: sobre la justificación de la distinción entre estado de necesidad defensivo y legítima defensa

Como correlato de la distinción entre dos conceptos de responsabilidad, puede correctamente distinguirse entre dos situaciones de defensa: defensa contra agresiones antijurídicas y defensa contra simples sobre-extensiones de ámbitos de libertad o, en términos dogmáticos, defensa contra puestas en peligro causadas responsablemente. Esto tiende a ser mal comprendido en la dogmática penal. La pregunta por las razones de la distinción entre dos tipos de derechos de

general de las consecuencias que se siguen en el derecho público de una estructuración de esta clase, véase el fundamental trabajo de LEPSIUS, *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, 2002, pp. 17 ss. y 107 y ss.

²³ Sobre lo primero, véase WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. Die Dogmatik des Defensivnotstands im Strafrecht*, 2014, pp. 105 y ss. Respecto del tratamiento dogmático de estas reglas, véase la larga sección III del capítulo II (pp. 216 y ss.).

defensa – o lo que es lo mismo, dos tipos de reglas de imputación y dos consecuencias jurídicas distintas que se siguen de su satisfacción – suele ser planteada²⁴, pero es tratada de forma heterogénea y, en general, poco satisfactoria. En la dogmática penal tiende a responderse a la pregunta por la existencia de un derecho de defensa intensificado (la legítima defensa) bajo reenvío a los “componentes supra-individuales” que la justificarían²⁵. Pero aquello que tiende a ser denominado “supra-individual” también tiene lugar en los casos de estado de necesidad defensivo: no sólo el interés individual respectivo, sino la distribución jurídica de esferas de autonomía manifestada en la autonomía individual afectada – lo que hace difícil entender por qué la cuestión es “supra-individual” –, es afectado por la situación de defensa. Si se tratara, por ello, simplemente del hecho que en un caso hay sólo intereses individuales protegidos y, en el otro, el derecho en sí es afectado, entonces sólo podría distinguirse entre situación de necesidad y situación de defensa, pero no entre dos tipos de situaciones de defensa²⁶. Por supuesto, uno puede asumir intuitivamente que existen diferencias entre el cuestionamiento del derecho del otro dado por la conducta directamente antinormativa y la pura desviación de la distribución de autonomía exigida por las normas. Pero ello requiere explicar precisamente qué diferencias existen entre ambos tipos de calificaciones de contrariedad a derecho y por qué en ambos casos las consecuencias en la extensión de facultades de defensa son distintas.

Esta falta de claridad tiene consecuencias dogmáticas directas. Como el estado de necesidad defensivo no es distinguido fundamentalmente de la legítima defensa, sino que es simplemente utilizado para llenar los vacíos que parecen seguirse de éste, su dogmática tiende a convertirse en una dogmática negativa de la legítima defensa: estado de necesidad defensivo se da en aquellas situaciones en que los requisitos de la legítima defensa no se cumplen pero parece intuitivamente injustificable tratarlos como casos de estado de necesidad o, al revés, los requisitos formales se cumplen, pero intuitivamente parece que la concesión de una facultad plena de legítima defensa es excesiva²⁷. La dogmática del estado de necesidad defensivo aparece en ese caso como una pura construcción tópica de grupos de casos difíciles en la legítima defensa: ausencia de acción, ausencia de actualidad formal de la agresión, ausencia de antijuridicidad de la agresión (y el caso especial de la perforación) son definidos como los casos de estado de necesidad defensivo, sin que tengan ninguna relación sistemática o fundamental entre sí, salvo que son casos de legítima defensa en los que falta el cumplimiento de uno de sus requisitos. El estado de necesidad defensivo aparece así como pura compensación de una institución cuyos requisitos son percibidos en esos casos como demasiados estrechos, pero sus consecuencias son al mismo tiempo demasiado fuertes para cambiar fundamentalmente el tratamiento de esos requisitos formales. La justificación de la distinción entre legítima defensa y estado de necesidad defensivo tiene lugar bajo esta comprensión simplemente para superar problemas del sistema y no, en cambio, por razones fundamentales. La falta de potencial justificatorio de esta forma de tratamiento del estado de necesidad defensivo y, sobre todo, su completa falta de sistema, sólo

²⁴ Así, por ejemplo, PAWLIK, *GA*, 2002, p. 13.

²⁵ En vez de muchos véase sólo PERRON, *S/SK*, 28ª ed., 2010, § 32, nm. 1a.; y KORIATH, en BRITZ et al (eds.), *FS-Müller-Dietz*, 2001, pp. 368 a 374, con referencias ulteriores completas. En español, véase LUZÓN PEÑA, *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, 2006, p. 570.

²⁶ Similar LESCH, en WIDMAIER et al (eds.), *FS-Dahs*, 2005, pp. 84-85.

²⁷ Así ROXIN, «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand», en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Erster Halbband*, 1985, pp. 458 a 461; y OTTE, *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand*, 1998, p. 31.

pueden ser superadas si éste es tematizado no como simple generación tópica de casos, sino como manifestación de principios fundamentales integrados en un sistema.

Como se ha visto, considerado sistemáticamente, el estado de necesidad defensivo es la manifestación de un segundo subsistema de reglas de imputación en el contexto del sistema de derechos de necesidad y defensa. Mientras el primer subsistema de reglas hace operativa la atribución de responsabilidad por medio de una conexión con una construcción de la voluntad del agente, en el segundo subsistema la atribución de responsabilidad sólo pretende asignar correctamente cargas. La generación de este segundo sub-sistema de reglas, sobre todo dada la falta de concreción positiva del estado de necesidad defensivo, requiere fundamentación. Dos tipos de razones permiten justificar esta distinción dogmática y, con ello, la generación de una mucho mayor complejidad en el sistema de derechos de necesidad y defensa: (i) las distintas clases de fundamentos en la distribución de autonomía (de nuevo: fuertes y débiles) tienen claramente un potencial justificatorio disímil en relación con la extensión de la facultad de defensa; y (ii) la concentración en puras categorías de atribución de responsabilidad fuerte genera vacíos distributivos.

En lo relativo al primer tipo de razones, las reglas de imputación de la legítima defensa permiten identificar formas de injusto, esto es, comportamientos que no son simplemente no-jurídicos, sino que constituyen una contradicción de las normas del derecho. El modelo de las reglas de la responsabilidad fuerte está construido sobre este esquema de concesión de sentido, el que a su vez se encuentra configurado de forma de permitir conectar la consecuencia jurídica con la voluntad del agente. La formalización de estas reglas permite sostener, por ello, que “en su tratamiento, el agresor no experimenta ningún injusto, ya que es tratado de acuerdo al principio que él mismo ha afirmado (...).”²⁸ La concreción de los derechos de defensa exclusivamente sobre la base de una institución constituida sobre este modelo, la legítima defensa, generaría, sin embargo, soluciones contra-intuitivas. La antigua polémica sobre la existencia de derechos de defensa contra cosas o animales no instrumentalizados dolosamente como arma contra alguien o, sobre todo, la polémica respecto a la defensa frente a comportamiento de inimputables demuestran claramente los límites de una comprensión sistemática de esta clase. Dicho en forma simple: la existencia de una institución sin control de proporcionalidad en la defensa es aquello que hace necesario al estado de necesidad defensivo.

Esta diferencia de fundamentos también permite explicar las diferencias normativas que caracterizan a ambos derechos de defensa. Mientras en el caso de la legítima defensa la situación de necesidad constituye, en sí, una infracción normativa, la situación de necesidad en el estado de necesidad defensivo designa simplemente una sobre-extensión objetiva de un ámbito de autonomía y, por ello, la necesidad de internalizar aquello que se escapa del ámbito excedido. En ese sentido, los criterios de imputación en el estado de necesidad defensivo son directamente reglas de distribución de libertades²⁹. Ello puede ser descrito de forma metafórica como lesión de la prohibición general de afectación de libertades ajenas (la “prohibición general de lesión”)³⁰,

²⁸ ABEGG, *Untersuchungen zum Strafrecht*, 1830, p. 122.

²⁹ En el fondo así también RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 182-185.

³⁰ Así RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 182; EL MISMO, en BYRD/JOERDEN (eds.), *FS-Hruschka*, 2005, pp. 654 y ss.; y PAWLIK, *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 148 y s.

pero esta descripción esconde el hecho que esa lesión tiende a no tener lugar de acuerdo a las reglas de imputación que realizan un concepto de responsabilidad fuerte y a cuyo respecto se utiliza, en general, la idea de infracción de normas. Precisamente por ello es que puede ser que la conformidad al derecho de un comportamiento – por ejemplo, ser propietario o poseedor responsable de una cosa – no impida el gatillamiento del estado de necesidad defensivo: la antijuridicidad negada con la calificación “conforme a derecho” sigue aquí el criterio de responsabilidad fuerte, mientras que la calificación “antinormativo” del estado de necesidad defensivo sólo da cuenta de la sobre-extensión cuya identificación es posible por las propias reglas de imputación del estado de necesidad defensivo. Es decir, a diferencia de la legítima defensa, la afirmación de la antijuridicidad del comportamiento no es más que una reiteración del hecho que se cumplen los requisitos dados por las reglas de imputación del estado de necesidad defensivo, por lo que hay sobre-extensión de un ámbito de autonomía cuyos costos deben ser soportados por su titular. Si, en cambio, la generación del peligro que hace necesaria la acción de salvación no puede ni siquiera ser identificada como sobre-extensión de autonomía de acuerdo a las reglas de la responsabilidad débil, entonces la acción de salvación sólo puede ser designada como agresión en necesidad, y su justificación depende de los estándares del estado de necesidad agresivo. Esta distinción binaria constituye un *tertium non datur*. Incluso la situación especial de la agresión antijurídica no es más que un sub-caso de responsabilidad por el peligro, es decir, una lesión (aquí no sólo metafórica) de la prohibición general de afectación de autonomía ajena³¹.

De forma particularmente enérgica ha criticado Lesch la postura de acuerdo a la cual estado de necesidad defensivo y legítima defensa podrían ser distinguidos sistemáticamente³². De acuerdo a Lesch, en todos los derechos de defensa se trataría de “protección frente a agresiones a derechos subjetivos.”³³ Con ello, todos los derechos de defensa integrarían, en realidad, un sólo concepto, con lo que el concepto tradicional de legítima defensa podría integrarlos a todos.

La descripción de LESCH es correcta en el sentido de que todas las situaciones de defensa tienen que poder ser representadas como afectaciones de posiciones garantizadas jurídicamente. Pero la pregunta es precisamente cómo se reconocen las situaciones en las cuales existe una afectación de esta clase y, sobre todo, qué tipo de reacción puede ser legitimada a partir de esa afectación. Quien, en cambio, determina el fundamento de los derechos de defensa y su extensión desde un solo punto de vista, el del afectado, no puede entregar una tematización interpersonal de éstos, sino que tiene que tratarlos como un caso de protección de bienes. Esto, sin embargo, es incompatible con la propia pretensión de LESCH de tratar a los derechos de defensa a partir de criterios de distribución de competencia. La idea de atribución de competencia normativa supone directamente una ruptura con una comprensión naturalista del derecho. El fundamento de una comprensión de esta clase es precisamente eliminar la mera idea de protección de bienes y

³¹ Así también RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, p. 221. Crítico respecto a una calificación taxativa de esta clase, FRISCH, en PAEFFGEN et al. (eds.), *FS-Puppe*, 2011, pp. 445 y ss.

³² Véase LESCH, en WIDMAIER et al. (eds.), *FS-Dahs*, 2005, pp. 95 y ss. Así también PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 327 y CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, pp. 59 a 94. Ya LÖFFLER, *ZStW*, 1901, pp. 573 y ss., sostenía que el § 228 BGB constituía un sub-caso de la legítima defensa. En la explicación de la diferencia en la extensión de la facultad de defensa del § 228 BGB frente a la legítima defensa, el propio Löffler tenía, sin embargo, dificultades evidentes.

³³ LESCH, en WIDMAIER et al. (eds.), *FS-Dahs*, 2005, p. 96.

sustituirlo por una comprensión del derecho como distribución de libertades³⁴. Por ello, el argumento de LESCH no puede querer decir que se trata simplemente de la determinación de las condiciones de procedencia eficaz de defensa de bienes, sino que no se trata más que de la afirmación de que sólo puede existir un subsistema de reglas de determinación del sentido “agresión” por atribución de competencia y no, en cambio, dos.

Uno puede, con LESCH, sostener que es lógicamente posible unificar las reglas sobre derechos de defensa³⁵. Si el sistema de derechos de defensa se reduce, sin embargo, a las puras reglas de la legítima defensa, se producen las dos consecuencias negativas que explican el surgimiento de la dogmática del estado de necesidad defensivo, a saber, que la medida de la legítima defensa es demasiado estricta para algunas situaciones y que sus requisitos son demasiado estrictos y dejan como casos de estado de necesidad agresivo situaciones en que la afirmación de un deber prima facie de no producir el rescate del propio bien aparece como difícilmente justificable. La reducción de los derechos de defensa a pura legítima defensa en sentido estricto es, por ello, errada. La conclusión a la que llega LESCH es, sin embargo, precisamente la contraria. De acuerdo a éste, existen “distintas formas de competencia”, por lo que no hay razones para la existencia de una forma especial intensificada de ésta³⁶. A este argumento de LESCH subyace una idea sistemática correcta, a saber, que si los derechos de defensa constituyen siempre formas de aseguramiento de una distribución de autonomía previa, entonces aquello que es necesario al sistema es el estado de necesidad defensivo – la institución exclusivamente distributiva y, por ello, basada exclusivamente en atribuciones de competencia – y no, en cambio, el derecho de defensa tradicional, a saber, la legítima defensa. Con ello, el concepto de “legítima defensa” de LESCH es en realidad aquello que puede ser mejor identificado como estado de necesidad defensivo en sentido amplio. En esto, la postura de LESCH es consistente: eliminar complejidad en el sistema de derechos de necesidad y defensa por medio de la disolución de los conceptos de estado de necesidad defensivo en sentido estricto y legítima defensa en el concepto de estado de necesidad defensivo en sentido amplio (denominado por LESCH: legítima defensa).

Esta comprensión no resulta convincente, sin embargo, por dos razones. La reducción del estado de necesidad defensivo en sentido amplio a un conjunto inespecífico de reglas de atribución de competencia, las que a su vez generan un conjunto inespecífico de extensiones de facultad de defensa, es demasiado indeterminada para asegurar un manejo jurisprudencial al menos controlable. Por cierto, uno puede decir que en abstracto existen diversas razones para atribuir competencia respecto de peligros, por lo que la atribución de las cargas que surjan de ello puede ser más o menos razonable de ser revisada en un análisis puramente sustantivo (es decir, moral). La concesión de tanta discreción judicial no puede, sin embargo, ser considerado dogmáticamente aceptable. En ello, esta opinión se comporta exactamente igual que la teoría del interés preponderante, en el sentido de dejar a la dogmática de los derechos de necesidad y defensa sin reglas concretas incluso en la fijación de las extensiones de las facultades defensa. Además, la opinión de Lesch desconoce el distinto potencial justificatorio de consecuencias jurídicas que tiene un modelo de atribución de responsabilidad fuerte. Precisamente este

³⁴ Al respecto, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 137 a 141.

³⁵ Sobre la forma lógica en que ello puede tener lugar, véase *infra*.

³⁶ LESCH, en WIDMAIER et al. (eds.), *FS-Dahs*, 2005, p. 97.

potencial justificatorio es el que permite justificar el mantenimiento de una institución particularmente intensificada como la legítima defensa.

d) Integración del principio de solidaridad en los derechos de defensa

La posibilidad de efectuar una distinción fundamental y sistemática entre estado de necesidad defensivo y legítima defensa no implica afirmar ausencia de continuidad normativa entre ambas. Esa continuidad se manifiesta sobre todo en el tratamiento de las limitaciones en la concesión de la facultad de defensa lesiva. En ambos casos, la idea de autonomía formal justifica al menos parcialmente la concesión de la facultad de defensa, por lo que en ambos casos su revisión a partir de un análisis concreto de libertades envueltas puede tener lugar. Esto es: tanto en el estado de necesidad defensivo como en la legítima defensa, la concesión de facultades de defensa es una consecuencia del reconocimiento de esferas formales de autonomía. Mientras más fuerte se vea afectada esta forma de autonomía, más débil es el potencial justificatorio de la "solidaridad", es decir, de la apreciación material del conflicto en la revisión de la afectación real de la libertad. En todos los casos, se trata de la determinación de qué es aquello bajo lo cual la libertad resulta realmente afectada, lo que depende sistemáticamente, de nuevo, de dos tipos de razones: del grado de afectación formal de la autonomía (lo que se especifica en si la responsabilidad por el peligro es fuerte o débil) y de la apreciación de las consecuencias materiales que se siguen de la ejecución de la facultad de defensa. Si, por ejemplo, existe una agresión antijurídica que pone en peligro la vida del afectado, entonces el ordenamiento jurídico no pone ningún tipo de limitaciones materiales a la facultad de defensa. Una pretensión de solidaridad en este caso se encontraría completamente injustificada. Pero si la afectación real de la libertad es menos intensa, lo que tiene lugar tanto en caso que la responsabilidad por el peligro sea sólo débil o en caso que la comparación de intereses en conflicto muestre una lesión potencial más importante del destinatario de la agresión, entonces el ordenamiento jurídico puede conceder pretensiones de solidaridad, manifestadas como limitaciones a la facultad de defensa. Precisamente eso explica las diferencias en el estándar de limitación material de la facultad de defensa en estado de necesidad defensivo y en la legítima defensa (ausencia preponderancia fundamental del interés del destinatario de la agresión en el estado de necesidad defensivo contra desproporción extrema en la legítima defensa): en el primer caso siempre hay responsabilidad débil y, con ello, el grado de involucramiento de la autonomía formal es limitado; el conflicto no puede ser resuelto claramente ni siquiera en el ámbito limitado del derecho absoluto de HEGEL. En la legítima defensa siempre se da, en cambio, un involucramiento esencial de la autonomía formal, por lo que la revisión de la concesión de la facultad de defensa sólo puede tener lugar en condiciones extremas.

En la limitación de ambas clases de derechos de defensa, aunque de forma mucho más directa en el estado de necesidad defensivo, se produce exactamente el mismo conflicto que *caracteriza* al estado de necesidad agresivo, a saber, el conflicto entre la apreciación formal, absoluta del derecho y su apreciación material. Que ese conflicto se manifieste aquí a propósito de la revisión de la extensión de la facultad de defensa y, en cambio, en el estado de necesidad agresivo en la fundamentación misma de la posibilidad de conceder un derecho de necesidad, se explica exclusivamente por la estructura contingente de los conflictos. En abstracto, se trata exactamente de lo mismo. Esto puede ser explicado con mayor detalle, y de esta forma hacer globalmente

comprensible el sistema de derechos de necesidad y defensa, al dar cuenta de la estructura del estado de necesidad agresivo.

3.3 El potencial justificatorio de la solidaridad y su limitación recíproca con el principio de autonomía formal

El principio de solidaridad no sólo tiene potencial de limitación de facultades de defensa, sino que tiene potencial justificatorio directo respecto a acciones lesivas. Como por definición el principio de solidaridad sólo puede desplegar su potencial justificatorio cuando tiene que derrotar una atribución de autonomía manifestada en derechos formales, es decir, al propio principio de autonomía formal, el conflicto entre ambos que se da al tematizar la limitación de las facultades de defensa se reproduce en este caso. Esto es, como fuera demostrado ante todo por los trabajos de HRUSCHKA, las relaciones entre los principios del sistema no es sólo unilateral, sino que se trata de un continuo de fundamentaciones y limitaciones recíprocas: la autonomía formal fundamenta la concesión de facultades de defensa, las que se ven limitadas por el tipo de razones que son agrupadas bajo el concepto de solidaridad, mientras que el principio de solidaridad tiene potencial justificatorio de derechos de necesidad, los que se ven limitados por el principio de autonomía formal. Como el conflicto es exactamente el mismo, el estándar de limitación en ambos casos tiene que ser una inversión del otro: si la preponderancia esencial de los intereses del agresor designa al estándar de justificación de derechos de necesidad, es decir designa al punto en el cuál la solidaridad derrota a la autonomía formal, entonces lógicamente la preponderancia esencial de los derechos del destinatario de la agresión tiene que constituir el estándar de limitación de las facultades de defensa en una institución, como el estado de necesidad defensivo, que obligue a la revisión material del conflicto³⁷.

La determinación del punto en que el conflicto es resuelto a favor de las consideraciones de solidaridad no tiene, por cierto, una estructura transcendental pre-determinada. El derecho positivo puede ser más o menos generoso con la concesión de importancia a concesiones materiales por sobre la resolución formal del conflicto. En esa fijación sólo pueden reconocerse dos limitaciones inmanentes: un mínimo de consistencia exige mantener continuidad axiológica, con lo que la regla de preponderancia en el estado de necesidad defensivo debe ser inversa a la regla de preponderancia del estado de necesidad agresivo³⁸ y, por otra parte, el reconocimiento

³⁷ Así también H.L. GÜNTHER, *SK*, 8ª ed., (entr. 2012), § 34 nm. 11 a 14; RENZIKOWSKI, *Notstand und Notwehr*, 1994, pp. 194-195 y PAWLIK, *GA*, 2003, pp. 12 y s.

³⁸ Así también PAWLIK, *Jura*, 2002, p. 27; JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 13/46; CONINX, *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand*, 2012, pp. 60 y s.; ENGLÄNDER, *Matt/Renzikowski*, 2012, § 34, nm. 5; EL MISMO, *Grund und Grenzen der Nothilfe*, 2008, p. 96; EUE, *JZ*, 1990, p. 767; FRISTER, *AT*, 5ª ed., 2011, 13/15 y s.; EL MISMO, *GA*, 1988, p. 293; KOCH, «„Spanner-Fall“ - Notstandslage bei Dauergefahr, Interessenabwägung im „Defensivnotstand“», *JA*, 2006, pp. 806-810, EL MISMO, «Strafbarkeit der Trennung siamesischer Zwillinge?», *GA*, 2011, p. 140; KORIATH, *JA*, 1998, p. 256; KÜHNBACH, *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, 2007, p. 89; KÜPER, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht Pflichtenkollision*, 1979, pp. 72 y s.; GRÜNEWALD, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, p. 280; H.L. GÜNTHER, *SK*, 8ª ed., (entr. 2012), § 34, nm. 12 a 14 y 39 a 40; EL MISMO, en BÖSE Y STERNBERG-LIEBEN (eds.), *FS-Amelung*, 2009, pp. 150 y s.; HIRSCH, *Strafrechtliche Probleme, Band II*, 2009, p. 428; HRUSCHKA, *NJW*, 1980, p. 22; EL MISMO, *AT*, 2ª ed., 1988, pp. 111 y ss.; HILGENDORF, «Tragische Fälle. Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand», en BLASCHKE/FÖRSTER/LUMPP/SCHMIDT (eds.), *Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen*, 2005, p. 127; LADIGES, *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, Berlín, 2007, p. 413; EL MISMO, *JuS*, 2011, p. 881; LUDWIG, «Gegenwärtiger Angriff», „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht. Eine Studie zu den temporalen Erfordernissen der Notrechte unter vergleichender Einbeziehung der Gefahrerfordernisse des Polizeirechts, 1991, p. 130; VOGEL, *Norm und Pflicht bei den unechten*

del todo de la autonomía formal exige que el punto de derrota del reconocimiento de los intereses de quien se encuentra amparado por la distribución formal de autonomía vaya más allá de la mera superioridad material de los intereses del agente en necesidad en estado de necesidad agresivo o del destinatario de la agresión en el estado de necesidad defensivo. Tomando la fórmula del derecho alemán, estas relaciones pueden ser aclaradas a partir de la siguiente tabla.

Calificación del objeto de la lesión justificada	Principio de fundamentación de la justificación	Fundamentación de la limitación de la facultad de lesión justificada	Medida de la limitación de la facultad de lesión justificada
Persona que ha efectuado agresión antijurídica (1)	Defensa del ámbito propio de autonomía	Principio de solidaridad limitado a desproporción extrema	Desproporción extrema
Persona a quien es atribuible un peligro (2)	Defensa del ámbito propio de autonomía	Limitación plena por consideraciones de solidaridad	Inversión de 3 (preponderancia esencial de los intereses del destinatario de la acción de necesidad)
Ámbito de autonomía ajeno protegido (3)	Solidaridad	Limitación dada por consideraciones formales de autonomía	Inversión de 2 (ausencia de preponderancia esencial de los intereses del agente en necesidad)

La tabla parece denunciar una ausencia de consistencia en la fijación dogmática de las medidas que manifiestan el conflicto entre autonomía formal y solidaridad. Mientras la inversión lógica es explícita en las relaciones entre estado de necesidad defensivo y agresivo, el límite de la legítima defensa, la extrema desproporción, parece no tener relación alguna con esto. De esta forma, una de dos cosas tendría lugar: el sistema sería inconsistente o la legítima defensa no se dejaría insertar en la idea de conflicto entre autonomía formal y solidaridad. Esta inconsistencia sistemática sólo es aparente. Las limitaciones a la legítima defensa también reproducen el conflicto entre ambos principios en la determinación de la afectación real de la libertad. Dicha afectación depende, sin embargo, de dos factores: el grado de afectación formal de la autonomía y el grado de afectación material de las pretensiones de libertad reales de un sujeto. A diferencia del estado de necesidad defensivo, la autonomía formal se ve directamente – fuertemente – afectada, por lo que precisamente el sistema exige que el tipo de pretensiones de libertad reales que derroten a esta consideración previa sean mucho más fuertes. La debilidad de la afectación de la autonomía formal en el estado de necesidad defensivo hace, en cambio, que la confirmación de la corrección de la concesión de la facultad de defensa sea necesaria y se encuentre sujeta a

Unterlassungsdelikten, 1993, pp. 186 a 189; FRISCH, en PAEFFGEN et al. (eds.), *FS-Puppe*, 2011, p. 443; ZIMMERMANN, *Rettungstötungen*, 2009, pp. 168 a 169; NEUMANN, *NK*, 4ª ed., 2013, § 34, nm. 86; EL MISMO, «Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip“», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, 2013, p. 167; BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 65 a 67, 136; COCA VILA, *InDret*, (1), 2011, p. 30.

limitaciones mayores. En él, al igual que en el estado de necesidad agresivo, la necesidad de confirmación de la corrección de la concesión/denegación de facultades de lesión por consideración material del conflicto es inmanente. En la legítima defensa, en cambio, la afectación directa de la autonomía formal produce en general de forma suficiente la prueba de la corrección de la concesión de la facultad de defensa. Su revisión, no confirmación, sólo puede tener lugar por consideraciones extremas ligadas a la apreciación concreta del conflicto. Estas diferencias entre la lógica de la legítima defensa y la lógica de ambas formas de estado de necesidad son, por cierto, relevantes. Considerado en abstracto, en todos los casos las instituciones respectivas se dejan integrar en el continuo de fundamentaciones y limitaciones del sistema, cuyo único criterio es la apreciación jurídica de la afectación real de la libertad.

3.4 Genealogía del sistema y lógica del sistema

La complejidad del sistema presentado más arriba es, por cierto, alta. Su lógica y consistencia puede ser comprendida de mejor forma si uno intenta representarse las formas en las cuales esa complejidad podría ser reducida, sin que ello implique pérdida de consistencia ni de contenido. Ya que la complejidad del sistema tiene lugar por la existencia de dos sub-sistemas de reglas de imputación, esa complejidad sólo podría ser reducida sin pérdida de alcance en su contenido si pudiera mantenerse un sistema comprensivo de atribución de responsabilidad y, con ello, pudiera postularse la existencia de una sola regla de primacía de la apreciación material por sobre la apreciación formal del conflicto. Para ello, tendría que tomarse el concepto débil de responsabilidad precisamente por constituir la clase general, con lo que no sería la nueva institución, el estado de necesidad defensivo, sino la antigua, la legítima defensa, la que debiera ser eliminada del sistema: el estado de necesidad defensivo en sentido amplio se vería disuelto en el estado de necesidad defensivo en sentido estricto.

El hecho de que, considerado sistemáticamente, la tradicional legítima defensa pueda ser eliminada lógicamente y no, en cambio, el estado de necesidad defensivo, no constituye una anomalía. En la conformación actual del sistema, la legítima defensa constituye una institución especial, mientras que el estado de necesidad defensivo es una institución al menos parcialmente general. En ello se demuestra una asimetría en la apreciación genealógica y en la apreciación lógica del sistema. Considerado genealógicamente, el sistema se vio constituido en primer término por la oposición entre la legítima defensa, cuya fundamentación al menos explícita decía relación con el modelo de la responsabilidad fuerte, y estado de necesidad (agresivo). Lógicamente considerado, el sistema se caracteriza, en cambio, por la oposición entre ambas formas de estado de necesidad. Ambas formas de estado de necesidad no son más que expresiones de la forma en que el derecho tematiza los conflictos entre esferas de autonomía y el conflicto interno entre apreciación material y formal de situaciones jurídicas cuando la autonomía formal se encuentra del todo involucrada. La legítima defensa es, en cambio, una forma intensificada de derechos de defensa en situaciones en que la autonomía formal se encuentra involucrada. La concentración histórica en esta forma específica e intensificada de derecho de defensa no es, sin embargo, casual. La legítima defensa es una institución que se deriva necesariamente de una teoría de las normas centrada en la idea de acción, lo que tiene lugar precisamente por la fijación y reducción en un concepto de responsabilidad fuerte. La consecuencia jurídica particularmente intensa que se sigue de la legítima defensa se explica

precisamente por particularidades de esta forma de consideración reactiva de las normas: quien se comporta de forma contraria a las normas y las lesiona en el sentido específico en que éstas pueden ser "lesionadas", tiene que dejarse imputar a su propia voluntad las consecuencias necesarias para mantener el estado de cosas exigido por las normas.

Por supuesto, la historia dogmática de la legítima defensa muestra que, en particular tras la aceptación de que basta puro disvalor de resultado para afirmarla, ella tendía en sí misma a internalizar el conflicto entre su calidad de institución especial de defensa, la cual no admite controles de proporcionalidad dada su peculiar fundamentación, y de institución general de defensa que requiere, por ello, controles de proporcionalidad. Los distintos casos de limitaciones ético-sociales mezclaban consideraciones que pueden ser integradas en una institución estructurada a partir de una teoría tradicional de las normas - véase ante todo el caso de desproporción extrema -, y casos en los que la teoría normal de las normas y de la acción simplemente no resultaba aplicable - ante todo defensa frente inimputables -. La legítima defensa era así a la vez legítima defensa y estado de necesidad defensivo, por lo que su tratamiento consistente era improbable. El reconocimiento del estado de necesidad defensivo es, por ello, crucial en la superación de este conflicto que subyacía a la comprensión de la legítima defensa. Un tratamiento correcto del estado de necesidad defensivo permite eliminar el conflicto de modelos al interior de la dogmática de la legítima defensa sin tener que asumir consecuencias absurdas (como habían asumido Hälschner, Binding y, sobre todo, Hold von Ferneck)³⁹. El presente trabajo es una contribución a intentar mostrar de qué forma, en el actual desarrollo de las instituciones del sistema, una comprensión de esa clase es posible.

4. Conclusiones

Las principales premisas y conclusiones del presente estudio pueden ser presentadas rápidamente a modo de cierre.

a. El sistema de derechos de necesidad y defensa en el derecho penal es la expresión de las tensiones que caracterizan, como todo, al concepto de libertad en el derecho. La concesión de autonomía en la forma de la autonomía formal derivada del derecho absoluto tiene lugar ante todo en la fijación de ámbitos negativos. Toda infracción responsable de la exclusión de ámbitos de autonomía ajenos puede ser caracterizada en general como agresión y puede por ello, en principio, ser rechazada. La reducción de la libertad exclusivamente a espacios abstractos negativos no puede, sin embargo, ser completa: considerada de esta forma no es más que una abstracción, por lo que no puede ella misma dar cuenta de la forma de realización de la libertad a través del derecho. Esta comprensión de teoría de libertad subyace al presente estudio. Si esto es así, la relación de la distribución formal de autonomía con intereses materiales reproduce los conflictos internos que caracterizan a un sistema complejo como el derecho, cuya función precisamente es permitir la constitución de un estado en que libertad real pueda tener lugar.

b. Los momentos del derecho que caracterizan sus conflictos internos han sido caracterizados en la dogmática actual a través de los conceptos de autonomía (formal) y solidaridad. Dada la

³⁹ Al respecto véase WILENMANN, *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff*, 2014, pp. 216 a 279.

primacía lógica que manifiesta el derecho abstracto, ambos conceptos pueden ser vistos como regla general en la distribución de libertades y excepción de esta regla general. La descripción del sistema de derechos de necesidad y defensa puede ser aclarada, de esta forma, a través de la siguiente fórmula: Nadie puede utilizar ámbitos de autonomía ajenos de forma responsable (principio de autonomía formal), a menos que una obligación de tolerancia solidaria pueda ser fundamentada (principio de solidaridad).

c. Un sistema simple de necesidad y defensa consistiría exclusivamente en la especificación dogmática de ambas reglas. El sistema complejo actual sigue pudiendo ser caracterizado a través de ambos principios, pero tiene una mayor complejidad dada por distinciones en relación con el principio hermenéutico de responsabilidad. El principio de responsabilidad fija la diferencia entre agresión y ausencia de agresión. Ante existencia de un solo principio de responsabilidad, el sistema podría calificar todas las situaciones simplemente como agresiones (situación de defensa) o no agresiones (situación simple de necesidad). La existencia de dos conceptos de responsabilidad subyacentes al sistema actual, a saber, uno fuerte derivado de una comprensión tradicional de las normas y uno débil derivado de una comprensión puramente distributiva de éstas, hace que el sistema esté en realidad conformado por dos reglas y sus excepciones: Nadie puede utilizar ámbitos de autonomía ajenos de forma (fuertemente) responsable (principio de autonomía en situación de responsabilidad fuerte), a menos que un deber de tolerancia solidaria pueda ser legitimado (principio de solidaridad en situación de responsabilidad fuerte). Todos deben soportar los costos de molestias causadas de forma (débilmente) responsable en ámbitos de autonomía ajenos (principio de autonomía en situación de responsabilidad débil), a menos que un deber solidario de abstención en la defensa pueda ser legitimado (principio de solidaridad en caso de responsabilidad débil).

d. Como correlato de reglas de imputación distinta, los derechos de defensa derivados de responsabilidad fuerte y débil tienen un contenido distinto. Como resultado de su distinto potencial legitimatorio, las consecuencias jurídicas que se siguen de su satisfacción también son distintas. Estas consecuencias pueden ser descritas en relación con la fijación de puntos de primacía de un principio sobre todo. En caso de responsabilidad fuerte, la autonomía formal tiene primacía de entrada sobre la solidaridad, a menos que la apreciación material del conflicto muestre que la afectación de libertad real sólo puede considerarse cumplido de seguirse esta consecuencia abstracta (desproporción extrema). En caso de responsabilidad débil o en caso de simple necesidad, en la que ésta distribución previa no se manifiesta, la autonomía formal tiene en principio primacía, a menos que los intereses de la otra parte sean esencialmente preponderantes.

5. Bibliografía

ABEGG (1997), *Untersuchungen zum Strafrecht*, Keip, Goldbach (reimpresión de la edición publicada en Breslau, 1830).

BALDÓ LAVILLA (1994), *Estado de necesidad y legítima defensa*, J.M. Bosch, Barcelona.

BIERLING (1961), *Juristische Prinzipienlehre, Dritter Band*, Scientia Verlag, Aalen (reimpresión de la edición publicada en Friburgo y Leipzig, 1894).

COCA VILA (2011), «Entre la responsabilidad y la solidaridad. El estado de necesidad defensivo», *InDret*, (1).

CONINX, (2012), *Das Solidaritätsprinzip im Lebensnotstand. Zufall, rationale Entscheidung und Verteilungsgerechtigkeit*, Nomos, Berna.

DUTTGE (2011), «Vor § 32», en DÖLLING/DUTTGE/RÖSSNER (eds.), *HK*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.

ENGLÄNDER (2013), «§ 32», *Matt/Renzikowski. Strafgesetzbuch Kommentar*, Franz Vahlen, Munich.

- EL MISMO (2010), «Die Anwendbarkeit von § 34 StGB auf intrapersonale Interessenskollisionen», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 15 a 26.

- EL MISMO (2008), *Grund und Grenzen der Nothilfe*, Mohr-Siebeck, Tubinga.

EUE (1990), «Anmerkung zu BGH, Urteil v. 14.3.1989 – 1 StR 25/89 (LG Tübingen)», en *Juristen Zeitung* 1990, pp. 763 a 768.

FREUND (1998), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Personale Straftatlehre*, Springer, Berlín-Heidelberg.

FRISCH (2011), «Notstandsregelungen als Ausdruck von Rechtsprinzipien», en PAEFFGEN et al. (eds.), *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion; Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 425 a 450.

FRISTER (2011), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Beck, Múnich.

- EL MISMO (1988), «Die Notwehr im System der Notrechte», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 291 a 316.

GROPP (2001), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Springer, Berlín-Heidelberg-Nueva York.

GRÜNEWALD (2010), *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, Mohr-Siebeck, Tubinga.

- EL MISMO (2010), «Notwehreinschränkung – insbesondere bei provoziertem Angriff», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 51 a 86.

GÜNTHER (2009), «Defensivnotstand und Tötungsrecht», en BÖSE/STERNBERG-LIEBEN (eds.), *Grundfragen des Straf- und Strafverfahrensrechts. Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 147 a 157.

HAAS, R. (1978), *Notwehr und Nothilfe. Zum Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe. Geschichtliche Entwicklung und heutige Problematik*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

HAAS, V. (2004), «Die strafrechtliche Lehre von der objektiven Zurechnung – eine Grundsatzkritik», en KAUFMANN/RENZIKOWSKI (eds.), *Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung*, Peter Lang, Fráncfort del Meno, pp. 193 a 224.

- EL MISMO (2002), *Kausalität und Rechtsverletzung. Ein Beitrag zu den Grundlagen strafrechtlicher Erfolgshaftung am Beispiel des Abbruchs rettender Kausalverläufe*, Duncker & Humblot, Berlín.

HEINRICH (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 3ª ed., Kohlhammer, Stuttgart.

HILGENDORF (2005), «Tragische Fälle. Extremsituationen und strafrechtlicher Notstand», en BLASCHKE/FÖRSTER/LUMPP/SCHMIDT (eds.), *Sicherheit statt Freiheit? Staatliche Handlungsspielräume in extremen Gefährdungslagen*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 107 a 132.

HIRSCH (2009), *Strafrechtliche Probleme*, t. III, Duncker & Humblot, Berlín.

HOYER (2012), «Vor § 32 ff.», en HOYER et al. (eds.), *Systematischer Kommentar*, 8ª ed., nm. 132., (entr. 2012), Carl Heymanns Verlag, Colonia.

HRUSCHKA (1988), *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode (AT)*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín.

- EL MISMO (1980), «Rechtfertigung oder Entschuldigung im Defensivnotstand?», *Neue Juristische Wochenschrift*, pp. 21 a 23.

- EL MISMO (1979), «Rettungspflichten in Notstandssituationen», *Juristische Schulung*, pp. 385 a 393.

- EL MISMO (1977), «Extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en JESCHECK/LÜTTGER (eds.), *Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlín-Nueva York, pp. 189 a 210.

- EL MISMO (1976), *Strukturen der Zurechnung*, De Gruyter, Berlín.

JÄGER (2006), *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, Beck, Múnich.

JAKOBS, (2012), *System der strafrechtlichen Zurechnung*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

- ELMISMO (2008), *Rechtswang und Personalität*, Schöningh, Paderborn, 2008.

- EL MISMO (1996), *Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen*, VS Verlag, Opladen.

- EL MISMO (1995), «Rechtfertigung und Entschuldigung aus besonderen Notlagen (Notwehr, Notstand, Pflichtenkollision)», en ESER/NISHIHARA (eds.), *Rechtfertigung und Entschuldigung IV*, Max Planck Institut, Friburgo de Brisgovia, pp. 143 a 177.

- EL MISMO (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2ª ed., De Gruyter, Berlín-Nueva York.

JESCHECK/WEIGEND (1996), *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Duncker & Humblot, Berlín.

KAUFMANN (1954), *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, Schwartz, Gotinga.

KINDHÄUSER (2013), «Acerca de la génesis de la fórmula “el derecho no necesita ceder ante el injusto”», en MAÑALICH (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, pp. 65 a 98.

- EL MISMO (2013), *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.

- EL MISMO (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Nomos, Baden-Baden.

- EL MISMO (1989), *Gefährdung als Straftat*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

KOCH (2011), «Strafbarkeit der Trennung siamesischer Zwillinge?», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 129 a 144.

- EL MISMO (2006), «„Spanner-Fall“ – Notstandslage bei Dauergefahr, Interessenabwägung im „Defensivnotstand“», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 806 a 810.

KRETSCHMER (2012), «Die Rechtfertigungsgründe als Topos der objektiven Zurechnung», *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, pp. 177 a 184.

KREY/ESSER (2012), *Deutsches Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5ª ed., Kohlhammer, Stuttgart.

KÖHLER (1997), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Springer, Berlín-Heidelberg.

KORIATH (2001), «Einige Gedanken zur Notwehr», en BRITZ et al. (eds.), *Grundfragen staatlichen Strafes; Festschrift für Heinz Müller-Dietz zum 70. Geburtstag*, Beck, Múnich, pp. 361 a 384.

- EL MISMO (1998), «Das Brett des Karneades», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 250 a 257.

KÜHL (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 7ª ed., Vahlen, München.

KÜHL (1999), «Freiheit und Solidarität bei den Notrechten», en WEIGEND/KÜPER (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag*, De Gruyter, Berlin, Nueva York, pp. 259 a 276.

- EL MISMO (1996), «Notwehr ein Kampf ums Recht oder Streift, der mißfällt? Schlaglichter der Notwehrdiskussion der 2. Hälfte des 19. Jahrhunderts in Deutschland und Österreich», en SCHMOLLER (ed.), *Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag*, Springer, Viena, Nueva York, pp. 149 a 167.

KÜHNBACH (2007), *Solidaritätspflichten Unbeteiligter*, Nomos, Baden-Baden.

KÜPER (1979), *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin.

LADIGES (2011), «Erlaubte Tötungen», *Juristische Schulung*, pp. 879 a 884.

- EL MISMO (2007), *Die Bekämpfung nicht-staatlicher Angreifer im Luftraum*, Duncker & Humblot, Berlin.

LENCKNER (1965), *Der rechtfertigende Notstand*, Mohr-Siebeck, Tübinga.

LESCH (2000), *Notwehrrecht und Beratungsschutz. Zur Zulässigkeit der Nothilfe gegen die nach § 218a Abs 1. StGB tatbestandslose Abtötung der Leibesfrucht*, Schöningh, Paderborn.

LESCH (2005), «Die Notwehr», en WIDMAIER et al (eds.), *Festschrift für Hans Dahs zum 70. Geburtstag*, Otto Schmidt, Colonia, pp. 81 a 115.

LEPSIUS (2002), *Besitz und Sachherrschaft im öffentlichen Recht*, Mohr Siebeck, Tübinga.

LÖFFLER (1901), «Unrecht und Notwehr. Prolegomena zu einer Revision der Lehre der Notwehr», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 537 a 581.

LUDWIG (1991), „Gegenwärtiger Angriff“, „drohende“ und „gegenwärtige Gefahr“ im Notwehr- und Notstandsrecht. Eine Studie zu den temporalen Erfordernissen der Notrechte unter vergleichender Einbeziehung der Gefahrerfordernisse des Polizeirechts, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

LUZÓN PEÑA (2006), *Aspectos esenciales de la legítima defensa*, BdeF, Montevideo, Buenos Aires.

MAÑALICH (2009), *Nötigung und Verantwortung*, Nomos, Baden-Baden.

MERKEL (2007), «Folter und Notwehr», en PAWLIK/ZACZYK (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, De Gruyter, Colonia, Berlin, München, pp. 375 a 403.

MEZGER (1949), *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3ª ed., Duncker & Humblot, Berlin y München.

MITSCH (2004), *Rechtfertigung und Opferverhalten*, Kovac, Hamburgo.

MONTENBRUCK (1983), *Thesen zur Notwehr*, Müller, Heidelberg.

MURMANN (2011), *Grundkurs Strafrecht*, Beck, München.

MÜSSIG (2003), «Antizipierte Notwehr. Das Prinzip der Abwehr rechtswidriger Angriffe als Kriterium objektiver Zurechnung», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 224 a 248.

NEUMANN (2013), «Die rechtsethische Begründung des „rechtfertigenden Notstands auf der Basis von Utilitarismus, Solidaritätsprinzip und Loyalitätsprinzip“», en VON HIRSCH/NEUMANN/SEELMANN (eds.), *Solidarität im Strafrecht. Zur Funktion und Legitimation strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Nomos, Baden-Baden, pp. 155 a 174.

- EL MISMO (2013), «§ 34», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar*, 4ª ed., t. I, Nomos, Baden-Baden.

OTTE (1998), *Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand*, Peter Lang, Fráncfort del Meno.

OTTO (2004), *Grundkurs Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 7ª ed., De Gruyter, Berlín.

PAWLIK (2013), «La legítima defensa según Kant y Hegel», en MAÑALICH (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, pp. 4 a 64.

- EL MISMO (2012), *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr-Siebeck, Tubinga.

- EL MISMO (2003), «Der rechtfertigende Defensivnotstand im System der Notrechte», en *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 12 a 24.

- EL MISMO (2002), «Der rechtfertigende Defensivnotstand», *Juristische Ausbildung*, pp. 26 a 31.

- EL MISMO (2002), «Die Notwehr nach Kant und Hegel», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 259 a 299.

- EL MISMO (2002), *Der rechtfertigende Notstand*, De Gruyter, Berlín-Nueva York.

PERRON (2010), «§ 32», *Schönke/Schröder*, 28ª ed., Beck, Munich.

PUPPE (2012), «Rechtfertigung und Bestimmtheit», en KUDLICH/MONTIEL/SCHUHR (eds.), *Gesetzlichkeit und Strafrecht*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 165 a 178.

- EL MISMO (2011), *Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung*, 2ª ed., Nomos, Baden-Baden.

RENGIER (2012), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 4ª ed., Beck, Múnich.

RENZIKOWSKI (2005), «Intra- und extrasystematische Rechtfertigungsgründe», en BYRD/JOERDEN (eds.), *Philosophia Practica Universalis; Festschrift für Joachim Hruschka zum 70. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 643 a 658.

- EL MISMO (1997), *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Mohr Siebeck, Tubinga.

- EL MISMO (1994), *Notstand und Notwehr*, Duncker & Humblot, Berlín.

RÖNNAU (2006), «Vor § 32», en LAUFHÜTTE/RISSING-VAN SAAN/TIEDEMANN (eds.), *Leipziger Kommentar*, 12ª ed., De Gruyter, Berlín.

ROXIN (1985), «Der durch Menschen ausgelöste Defensivnotstand», en VOGLER (ed.), *Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck zum 70. Geburtstag, Erster Halbband*, Duncker & Humblot, Berlín, pp. 457 a 485.

SCHMIDHÄUSER (1975), *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga.

SEELMANN (1978), *Das Verhältnis von § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen*, v. Decker, Heidelberg.

STRATENWERTH (1956), «Prinzipien der Rechtfertigung», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, pp. 41 a 70.

STRATENWERTH/KUHLEN, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 6ª ed., Beck, Múnich.

STUCKENBERG (2007), *Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht*, De Gruyter, Berlín.

VOGEL (1993), *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, Duncker & Humblot, Berlín.

WILENMANN (2014), *Freiheitsdistribution und Verantwortungsbegriff. Die Dogmatik des Defensivnotstands im Strafrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga.

WILENMANN (2013), «Injusto, justificación e imputación», en MAÑALICH (coord.), *La antijuridicidad en el derecho penal*, BdeF, Buenos Aires, pp. 99 a 176.

ZIESCHANG (2007), «Der rechtfertigende und der entschuldigende Notstand», *Juristische Arbeitsblätter*, pp. 679 a 686.

ZIMMERMANN (2009), *Rettungstötungen*, Nomos, Baden-Baden.