

## Colisión de competencias en casos de estado de necesidad exculpante

Marcelo D. Lerman

Universidad de Buenos Aires

### *Abstract\**

*La posibilidad de una exculpación por estado de necesidad puede ser negada si el autor está obligado a soportar el peligro, por ejemplo, en virtud de tener una especial obligación jurídica o porque ese peligro ha sido causado por él mismo ¿Pero cómo deben solucionarse las constelaciones de casos en las cuales tanto el autor como la víctima, en una situación de necesidad, tienen un deber de soportar el peligro? El objetivo de este trabajo es dar pautas para la resolución de casos de esa clase, supuestos que pueden denominarse situaciones de colisión de competencias en materia de estado de necesidad exculpante.*

*Die Möglichkeit einer Entschuldigung aufgrund Notstands kann dann ausgeschlossen werden, wenn der Täter dazu verpflichtet ist, die Gefahr hinzunehmen (z. B. vermöge eines besonderen Rechtsverhältnisses oder weil er die Gefahr selbst verursacht hat). Wie aber sind jene Fallkonstellationen zu lösen, in welchen sowohl der Täter als auch das Opfer zur Hinnahme der Gefahr verpflichtet sind? Ziel des vorliegenden Beitrags ist, Leitsätze zur Lösung solcher Fälle der Zuständigkeitskollision im Rahmen des entschuldigenden Notstands zu formulieren.*

*The possibility of excusing criminal conduct in a situation of necessity could be denied if, for example, the agent has a special legal obligation to endure the danger or he was responsible for the causation of such danger. However, the cases in which both the agent and the victim have a duty to endure the danger are troublesome. The aim of this article is to offer some foundations in order to solve such cases: the so-called conflict of competences in situations of necessity.*

*Titel: Zuständigkeitskollision in den Fällen des entschuldigenden Notstandes.*

*Title: Conflict of competences in cases of duress.*

*Palabras clave: estado de necesidad exculpante, causas de exculpación, colisión de competencias, deber de soportar peligros, cargas, dogmática penal.*

*Sitchworte: Entschuldigender Notstand, Entschuldigungsgründe, Zuständigkeitskollision, Pflicht zur Hinnahme der Gefahr, Obliegenheiten, Strafrechtsdogmatik.*

*Keywords: duress, excuses, conflict of competences, duty to endure a danger, incumbency, Criminal Law theory.*

---

\* Versión en español, con ciertas modificaciones, del texto publicado en alemán en *ZStW*, (127), 2015, pp. 284–302, bajo el título “Zuständigkeitskollision in Fällen des entschuldigenden Notstandes – Über die Grenzen der Anwendbarkeit des § 35 Abs. 1 Satz 2 StGB”. El presente trabajo es el producto de una investigación llevada a cabo en la Albert-Ludwigs-Universität Freiburg gracias al financiamiento brindado por una beca de la fundación Alexander von Humboldt (programa Georg Forster) bajo la supervisión del Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Michael PAWLIK. A la fundación y a Michael PAWLIK va dirigido mi especial agradecimiento. También al Prof. Dr. mult. Dr. h.c. Marcelo SANCINETTI, a la Prof. Dra. Patricia ZIFFER y al Prof. Dr. Dr. h.c. Michael KUBICIEL por haber apoyado mi postulación a la beca Humboldt. Por último, al Dr. Ivó COCA VILA, por el permanente y fructífero intercambio de opiniones durante mi investigación y a Leandro DIAS por su lectura crítica y su indispensable colaboración para esta versión en español. Parte de las modificaciones introducidas en esta versión en español fueron producto de las investigaciones llevadas adelante en el marco del proyecto de investigación UBACyT 20020150200084BA, bajo mi dirección, dedicado a supuestos problemáticos de estado de necesidad exculpante.

## *Sumario*

1. Introducción
2. Los interrogantes que generan los deberes de soportar la situación de necesidad a la luz del debate filosófico sobre los fundamentos del estado de necesidad exculpante
  - 2.1. Sobre la necesidad de que existan deberes de soportar que excluyan la exculpación
  - 2.2. Problemas para explicar los supuestos del deber de soportar la situación de necesidad en el marco de las fundamentaciones usuales del estado de necesidad exculpante
  - 2.3. Los problemas de una fundamentación del estado de necesidad exculpante orientada a los fines de la pena
  - 2.4. El concepto normativo de culpabilidad y el problema de la colisión de competencias
  - 2.5. La concepción de PAWLIK y su aplicabilidad a casos de colisión de competencias
3. El problema de la colisión de competencias con vistas al deber de soportar peligros en casos de estado de necesidad exculpante
  - 3.1. Colisión de competencias fundamentadas en la misma circunstancia fáctica
    - a) Casos relevantes
    - b) El primer caso
    - c) El segundo caso
  - 3.2. Colisión de competencias fundadas en diferentes circunstancias
4. El problema de los riesgos de distinta intensidad
5. Conclusiones
6. Bibliografía

### *1. Introducción*

*P*, que es pasajero de un buque y no sabe absolutamente nada de cuestiones náuticas, le arrebató maliciosamente y de modo sorpresivo el timón al timonel, en aguas peligrosas. Él es consciente de los riesgos a los que él mismo y las otras personas del buque se ven expuestos con su comportamiento. Al poco tiempo, dirige el buque contra unas rocas; el buque comienza a hundirse. Los pasajeros y la tripulación pueden refugiarse en los botes salvavidas disponibles. Sólo *P* y el capitán *K* todavía se encuentran a bordo. Sin embargo, el último bote salvavidas sólo puede sostener a una persona. *K*, quien se da cuenta de que *P* quería apoderarse del bote para salvarse, empuja a *P* de la cubierta y se coloca a salvo, mientras que *P* se ahoga. ¿Se encuentra aquí excluida una exculpación respecto de *K* porque, como capitán del buque naufragado, tiene el deber de soportar el peligro? ¿O debe acaso tenerse en consideración, a favor de *K*, el hecho de que *P* había causado la situación de peligro, con la consecuencia de que *K* podría ser exculpado?

El ejemplo da cuenta de una problemática que se suscita en el ámbito de la exculpación. En la medida en que se establezcan causales de exclusión de la posibilidad de ser exculpado para ciertas personas con una particular competencia para soportar la situación de peligro, se genera la duda de si el hecho de que la víctima también tuviera en abstracto una competencia tal no debiera alterar

la consideración de la situación del autor. En este trabajo, entonces, se analizarán los casos de estado de necesidad exculpante en los que, como en el ejemplo que acaba de darse, tanto el autor en estado de necesidad como la víctima estarían, en principio, obligados a soportar la situación de necesidad.

Para ello deberán discutirse los fundamentos filosóficos del estado de necesidad exculpante, así como los de su exclusión a causa de un deber de soportar un peligro, pues resulta necesario, primero, referirse a los principios que podrán ayudar a ofrecer un tratamiento sistemáticamente sólido de los casos en estudio. Este proceder se basa en la convicción de que la dogmática jurídico-penal, para resolver problemas puntuales, requiere analizar previamente las bases de la figura jurídica en cuestión.<sup>1</sup> A la inversa, la aplicación de teorías generales a casos límite en términos dogmáticos hace posible corroborar la capacidad persuasiva de estas teorías. Por ello, la utilidad de un análisis de esta clase de casos no debe buscarse en la posible ocurrencia efectiva de tales casos (lo que por cierto, tampoco debe descartarse), sino en la posibilidad de corroborar con ellos la completitud y coherencia del sistema de imputación y exculpación.

## ***2. Los interrogantes que generan los deberes de soportar la situación de necesidad a la luz del debate filosófico sobre los fundamentos del estado de necesidad exculpante***

### **2.1. Sobre la necesidad de que existan deberes de soportar que excluyan la exculpación**

La primera pregunta que corresponde analizar a los efectos de abordar el problema planteado en el punto anterior es la de si verdaderamente deben existir causales que excluyan la exculpación a pesar de que se den, en todo lo demás, los presupuestos de un estado de necesidad exculpante.

La existencia de una exclusión de la posibilidad de exculpación se presenta como claramente irrenunciable en el caso de instituciones estatales como la policía, los bomberos o las fuerzas armadas.<sup>2</sup> Sencillamente no existiría forma de que el Estado pudiese cumplir sus funciones fundamentales si no pudiera establecer deberes especiales de tolerar peligros. Instituciones como las mencionadas serían incapaces de actuar si sus miembros no estuviesen obligados penalmente a afrontar incluso riesgos elevados para sus bienes jurídicos más importantes. Resulta insuficiente que un Estado por un lado establezca funciones institucionales acompañadas por un deber de atribución de riesgos si, por otro lado, esas mismas personas son exculpadas al evadir esos peligros mediante la afectación de bienes fundamentales de otras, ajenas a la situación de necesidad. Pues la obligación de aquellas personas de soportar riesgos se revocaría justamente en aquellos casos en los cuales el objeto y fin de la institución en cuestión debería acreditar su eficacia. Piénsese, por

---

<sup>1</sup> Sobre las relaciones entre la dogmática penal y la filosofía ver PAWLIK, «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre», GA, 2014, pp. 369 ss.

<sup>2</sup> Naturalmente, el alcance de tales deberes de soportar peligros tiene que ajustarse según la función ejercida (cfr. JAKOBS, AT, 2ª ed., 1991, 20/13, quien sostiene que la relación del peligro con la actividad debe ser calculable de antemano). La problemática de si es posible imponer un deber de soportar un peligro de muerte segura o casi segura requiere un tratamiento autónomo que no puede ser realizado en profundidad en el marco de este trabajo (en contra de la exigencia de afrontar una muerte segura incluso en soldados, ver, por ejemplo, FRISTER, AT, 6ª ed., 2013, § 20, nm. 13, con otras referencias; ROXIN más allá de su posición sobre el tema, menciona que la realidad muestra que los Estados modernos también suelen exigir la asunción de la muerte bajo amenaza de pena en contextos de guerra. Ver ROXIN, AT I, 4ª ed., 2006, § 22, nm. 14).

ejemplo, en un bombero que para evitar quemaduras en su cuerpo toma como escudo humano a una persona que está en el lugar del incendio, pero se encuentra ya fuera de peligro, y de esa manera lo lesiona. Resulta claro que en este supuesto no sería aceptable disculpar al bombero por las lesiones corporales, ya que, de lo contrario, quedaría vacío de contenido su deber de tolerar peligros para su integridad corporal a la hora de salvar a otros; ante un peligro estaría en cierta forma privilegiada su integridad corporal frente a la de aquel a quien debe salvar.

Por consiguiente, una regla de excepción que excluya el estado de necesidad exculpante en virtud del rol del autor es irrenunciable en la medida en que el ordenamiento jurídico les pueda imponer a ciertas personas, que ejercen una función institucional, la aceptación de los peligros asociados a su función. Pero también la asunción voluntaria de ciertas funciones no directamente estatales conlleva el tener que aceptar riesgos para la vida y la integridad física asociados a tales tareas, sin posibilidad de exculpación. Desde el punto de vista del merecimiento de protección de la persona protegida, no se diferencia la situación de un socorrista o de un capitán de buque (como en el ejemplo que se ha dado al comienzo) de la del bombero que se acaba de mencionar.<sup>3</sup> Por consiguiente, también con vistas a actividades de esta clase es necesaria una imposición de deberes de aceptación de riesgos para garantizar el cumplimiento de la correspondiente función, y una exculpación a causa de una situación de necesidad tiene que quedar excluida.

Por último, en el caso de causación de la situación de necesidad resultaría también inaceptable que quien genera la situación de peligro (en el ejemplo más claro: mediante una conducta constitutiva de un delito doloso)<sup>4</sup> luego resultara exculpado si, para salir de ésta, afectase en sus bienes jurídicos a un tercero ajeno. Una aceptación en sentido contrario significaría gravar al destinatario de la agresión en la situación de necesidad existente con las consecuencias de un ejercicio (previo) de libertad de organización contrario a las reglas de quien verdaderamente debería soportar esas consecuencias, precisamente en razón de la contrariedad a las reglas.

El Derecho positivo de muchos países cuenta con reglas que regulan expresamente la exclusión de la exculpación por estado de necesidad. Así, en el derecho alemán la cuestión está regulada en el § 35, apdo. 1, frase 2, StGB, que indica que no habrá exculpación en caso de que, según las circunstancias, se le pueda exigir al autor soportar el peligro, mencionándose especialmente los supuestos en los que el mismo autor ha causado el peligro y aquellos en los que una especial relación jurídica genera tal obligación.<sup>5</sup> En España, más allá de que existen discusiones sobre la

---

<sup>3</sup> Sobre la exclusión de la exculpación para socorristas y vigilantes privados, entre otros supuestos, ver JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 20/13.

<sup>4</sup> No es el objetivo de este texto definir la discusión relativa a qué clases de conducta previa son las que habilitan la aplicación de la exclusión de la exculpación a aquellos que generaron el peligro. Por eso, la ejemplificación en el texto se realizará con un supuesto paradigmático de responsabilidad dolosa. Con independencia de ello, cabe señalar que es evidente que la mera causación del peligro por parte del autor no puede dar lugar a la exclusión de la disculpa y que la respuesta a cuándo debe considerarse que la generación de un peligro hace que deba excluirse la disculpa podría relacionarse con la lesión sin motivo atendible de una "carga" [*Obliegenheit*] que pesa sobre el sujeto en cuestión (ver al respecto PAWLK, «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *JRE*, (11), 2003, p. 303 y nota 77, con completas referencias). Existe traducción al español, publicada en *InDret*, (4), 2015 (<http://www.indret.com/pdf/1175.pdf>), bajo el título "Una teoría del estado de necesidad exculpante", trad. Dias, Lerman, Sabadini (allí ver p. 20 y nota 77).

<sup>5</sup> El § 35 StGB establece: "1) Actúa sin culpabilidad quien, encontrándose en una situación de peligro actual para la vida, el cuerpo o la libertad, no evitable de otra manera, cometa un hecho antijurídico con el fin de evitar el peligro

regulación en el Derecho positivo del estado de necesidad exculpante, la doctrina mayoritaria entiende que éste se encuentra regulado en el artículo 20, inc. 5º del Código penal, el cual requiere que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto y que el necesitado no tenga en virtud de su oficio o cargo una obligación de sacrificarse.<sup>6</sup> Muchos países latinoamericanos cuentan con cláusulas semejantes.<sup>7</sup>

---

para sí mismo, para un pariente o para otra persona allegada. *Esto no rige en caso de que, según las circunstancias, se le pueda exigir al autor soportar el peligro, en particular, porque él mismo ha causado el peligro o porque se encontraba en una especial relación jurídica; sin embargo, se puede disminuir la pena conforme al § 49, inciso 1º, si el autor no debía soportar el peligro en consideración a una especial relación jurídica.* (2) Si el autor en la comisión del hecho supone erróneamente circunstancias que lo puedan exculpar conforme al inciso primero, entonces sólo será castigado cuando ese error hubiese podido evitarse. La pena ha de atenuarse conforme al § 49, inciso 1º. La inserción de la cláusula del § 35, apdo. 1, frase 2, StGB en el contexto del § 35, StGB genera un problema particular, dado que parece imposible explicar por qué el legislador alemán eligió la expresión “actúa sin culpabilidad” (§ 35, apdo. 1, frase 1, StGB, *in fine*) y luego estableció excepciones a tal falta de culpabilidad basadas en deberes de soportar peligros. Si la existencia de una situación de necesidad hace que se considere que no existe culpabilidad entendiéndola en un sentido psicológico clásico, eso tendría que aplicarse a todos los individuos, independientemente de los deberes que les conciernen o de sus comportamientos previos (ver JAKOBS, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1991, 20/1.a.). En otras palabras: si se explica el fundamento de la exculpación por medio de la consideración de que una situación de peligro lleva a un apremio psicológico que torna imposible que el destinatario de la norma se comporte conforme a esta última, no se admitirían excepciones como la prevista en el § 35, apdo. 1, frase 2, StGB. Además, no haría falta una cláusula específica diferente a la que regule los supuestos de falta de posibilidad de comportarse conforme a la norma. Es corriente salir de este problema por medio de la afirmación de que sería inexacta la expresión “actúa sin culpabilidad” (ver PERRON, «§ 35», *Sch/Schr*, 29ª ed., 2014, nm. 2, con referencias adicionales), dado que el § 35 contendría una mera causa de exculpación y no una de verdadera causa de inculpabilidad. Lo cierto es que esta cuestión terminológica en el marco del Derecho positivo alemán no es más que un síntoma del problema dogmático sustantivo, latente en el trasfondo: la compatibilidad entre los deberes de soportar y una fundamentación psicológica de la exculpación, problema que será tratado *infra* 2.2.

<sup>6</sup> El Código Penal español indica: “Art. 20. Está exento de responsabilidad penal [...] 5.º: El que, en estado de necesidad, para evitar un mal propio o ajeno lesione un bien jurídico de otra persona o infrinja un deber, siempre que concurren los siguientes requisitos: Primero. Que el mal causado no sea mayor que el que se trate de evitar. Segundo. Que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto. Tercero. Que el necesitado no tenga, por su oficio o cargo, obligación de sacrificarse”. A su vez el inciso 6.º, extiende la exención de responsabilidad a: “El que obre impulsado por miedo insuperable”. Como puede advertirse, el inciso 5º tiene la particularidad de regular tanto el caso en el que se causa un mal menor como uno igual. Es predominante la idea de que en éste último supuesto contiene la regulación positiva del estado de necesidad exculpante (ver en este sentido, BACIGALUPO, *PG*, 2ª ed., 1999, nm. 747, p. 382). Sin embargo, MIR PUIG considera que el art. 20 inciso 5to hace referencia al estado de necesidad justificante, mientras que para supuestos como los aquí relevantes recurriría al inc. 6to, que hace referencia al ‘miedo insuperable’ (ver MIR PUIG, *PG*, 10ª ed., 2015, pp. 468-470). Por cierto, este autor no es opuesto a una teoría de la diferenciación tal como la que se defiende en Alemania, sino que critica el modo en que la doctrina española la aplica al Derecho positivo de España (ver en particular p. 469, nota 21, en la cual también critica a GIMBERNAT, quien sostiene una postura contraria a la teoría de la diferenciación, posición que también tiene importantes representantes en España). Los pormenores de la discusión relativa al Derecho positivo español no pueden ser desarrollados en este trabajo.

<sup>7</sup> Así, el artículo 12 del Código penal de Bolivia tiene una redacción muy similar a la del Código español. El artículo 32, numeral 7, del Código penal de Colombia requiere para la exculpación que el agente no haya causado el peligro intencionalmente o por imprudencia y que no tenga el deber jurídico de afrontarlo. El artículo 27 del Código Penal de Uruguay niega la exculpación a quien tiene el deber jurídico “de afrontar el mal”. El art. 25 del Código penal de Paraguay menciona la posibilidad de que al autor le sea exigible otra conducta diferente a la de realizar un ilícito para neutralizar la necesidad, en cuyo caso sólo prevé una atenuación facultativa de la pena. El artículo 15, apartado V del Código Penal de México hace referencia a que el agente no haya ocasionado el peligro y a que no tuviera el deber de afrontarlo como requisitos para la exculpación. El artículo 10, inc. 11 del Código penal de Chile niega la exculpación cuando el sacrificio le puede ser “razonablemente” exigido al autor. En Argentina, que carece actualmente de una regulación detallada sobre el instituto en su legislación positiva, un reciente Anteproyecto de Código Penal propuso incluir una regulación sobre estado de necesidad exculpante (art. 5, inc. g) que niega la exculpación cuando el autor deliberadamente provocó el peligro o cuando está obligado a soportarlo.

Ahora bien, más allá de las cláusulas legales de los diferentes países, lo cierto es que el problema que es objeto de este trabajo es independiente de la legislación positiva.<sup>8</sup> Es que se trata de una cuestión de índole eminentemente sustantiva, que no puede ser solucionada por medio de una regulación legal. La definición sobre las competencias para soportar una situación de necesidad y sobre cómo deben solucionarse los conflictos entre esas competencias sólo puede provenir de desarrollos dogmáticos.<sup>9</sup> Este texto tiene por objetivo contribuir a esa tarea.

## 2.2. Problemas para explicar los supuestos del deber de soportar la situación de necesidad en el marco de las fundamentaciones usuales del estado de necesidad exculpante

El reconocimiento de casos de exclusión de la exculpación basados en la existencia de un deber de soportar la situación de peligro muestra los defectos de toda una gama de fundamentaciones filosóficas del estado de necesidad exculpante.

Se pone en cuestión especialmente toda clase de legitimación del estado de necesidad exculpante que haga referencia al instinto de auto-conservación.<sup>10</sup> Si el instinto de auto-conservación fuese el criterio determinante para la impunidad en tales casos, debería ser exculpada toda persona que se encuentre en una situación de necesidad –sin tener en cuenta eventuales deberes de tolerar–. Esto se debe a que su instinto de auto-conservación no sería diferente al de ninguna otra persona, de modo que quedaría vedado un tratamiento diferenciado.<sup>11</sup>

Tampoco la alegación de KANT relativa a la falta de efectividad de la conminación penal en casos con la estructura de la tabla de Carneades puede superar el cuestionamiento que plantean los supuestos en los que la exculpación debe ser excluida por la existencia de un deber de soportar el

<sup>8</sup> Por cierto, la regulación alemana es de gran relevancia para la cuestión teórica, pues se trata de la norma positiva que han tenido en miras los autores que han realizado importantes desarrollos sobre el tema bajo análisis. Por ello, el § 35, apdo. 1, frase 2, StGB será citado reiteradamente a lo largo del texto. Por lo demás, corresponde señalar que el texto del § 35, apdo. 1, frase 2, StGB, si bien menciona expresamente dos casos de exclusión de la exculpación, da cuenta de que la que realiza es una enumeración no taxativa y, por tanto, permite considerar sin problemas los supuestos de asunción de peligros (sobre el carácter no taxativo del texto legal en esta materia ver ENGLÄNDER, «§ 35», *Matt/Renzikowski*, 2013, nm. 8). Sobre la pregunta de si el § 35, apdo. 1, frase 2, StGB rige sólo para deberes de atribución de riesgos contra la generalidad, véase: ROXIN, *AT I*, 2006, 4ª ed., § 22, nm. 59; también: LUGERT, *Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand*, 1991, 40/7.

<sup>9</sup> Obviamente, las legislaciones que tienen normas expresas sobre deberes de soportar no hacen referencia alguna a eventuales conflictos. Se trata de un tema que sólo puede estar reservado a la dogmática.

<sup>10</sup> Las referencias a ese instinto en la fundamentación teórica del estado de necesidad exculpante pueden tener diferente grado de refinamiento teórico. Una versión clásica puede remontarse a la idea de HOBBS de que en tanto la función del Estado es garantizar la auto-conservación del individuo, allí donde el Estado no puede cumplir con esa prestación tampoco puede exigirle otra conducta al individuo (ver al respecto PAWLIK, *JRE*, (11), 2003, p. 289, con referencias a la aplicación de esta concepción al estado de necesidad en PUFENDORF y FICHTE. Ver también en p. 292 el modo en que las referencias a ese instinto evolucionaron hacia alegaciones vinculadas con una supuesta plausibilidad derivada del sentido común). Una explicación contemporánea del estado de necesidad vital también orientada a la finalidad estatal de conservar la vida puede verse en la obra de BERNSMANN: “El Estado tiene que proteger y cuidar la vida y no puede, bajo ninguna circunstancia, exigir la aceptación de la muerte por medio de la pena” („*Entschuldigung*“ durch Notstand, 1989, p. 308). Ver también las referencias a la posición de HOBBS en RENZIKOWSKI, «Entschuldigung im Notstand», *JRE*, (11), 2003, p. 281. Ese autor sostiene una posición en la cual en estados de necesidad existenciales se distingue entre la relación entre el ciudadano y el Estado, y la relación de los ciudadanos entre sí. En cuanto a la primera, siguiendo la argumentación de PUFENDORF y FICHTE, este autor hace caer la amenaza penal en casos de necesidad vital; pero respecto de la relación entre ciudadanos su postura es diferente (p. 284).

<sup>11</sup> Ver por ejemplo, MÜSSIG, «§ 35», *MK*, 2ª ed., t. I, 2011, nm. 4.

peligro. Como es sabido, en la *Metafísica de las costumbres* KANT argumenta que en un caso como el de Carneades la conminación penal perdería su efectividad, pues la amenaza de muerte actual impedirá que sea considerada la amenaza de muerte en el futuro.<sup>12</sup> Pero ese argumento debería regir en la misma medida para personas sujetas a un correspondiente deber de soportar y respecto de ellos también sería menos efectiva la conminación penal. Esto es, si la conminación penal no es efectiva en virtud de una amenaza actual superior, entonces tampoco será eficaz para guiar la conducta de quien tenga un cierto deber de soportar un peligro. Consecuentemente, una regulación que prevea una pena para estos últimos se opone al argumento kantiano.

Se puede decir entonces que una teoría del estado de necesidad exculpante que apele a la ausencia de efectividad del Derecho penal no es capaz de explicar por qué la exculpación está excluida cuando existe un deber de tolerar. Por tanto, la exclusión de la exculpación sólo puede ser legitimada por medio de una comprensión que reconozca la validez del Derecho y su efectividad para regular el comportamiento humano aun en una situación de necesidad.<sup>13</sup>

Tampoco permite explicar plausiblemente los deberes de soportar la situación de necesidad la teoría hasta hoy dominante en Alemania<sup>14</sup> de la doble reducción de la culpabilidad.<sup>15</sup> Esta teoría afirma que, en los casos del estado de necesidad exculpante, por un lado existe una disminución de la culpabilidad que está dada por la presión espiritual que padece el autor y, por otro, una disminución del injusto que se fundamentaría en que el autor no sólo afecta un bien jurídico, sino que también protege uno (propio).<sup>16</sup> El primer elemento de esta teoría representa nuevamente una

<sup>12</sup> KANT, *Die Metaphysik der Sitten. Anhang zur Einleitung in der Rechtslehre* (1797), t. II, 1990, Das Notrecht (Ius necessitatis), p. XLI. El argumento kantiano central en el texto citado es la falta de efectividad de la conminación penal en casos como el de la tabla de Carneades. Del tenor literal del texto en cuestión se desprende que es sólo por esa falta de efectividad, y no por una indulgencia, que se fundamenta la no aplicación de pena (al respecto ver KÜPER, *Immanuel Kant und das Brett des Carneades*, 1999, pp. 48 s., quien correctamente indica que la inclusión de la palabra “indulgencia” al final del texto, de todos modos no permite concluir que KANT conciba el caso como uno en el que la pena no se aplique por existir una suerte de perdón). Para un desarrollo sobre el argumento kantiano respecto del caso de la tabla de Carneades en el sistema de KANT, ver HRUSCHKA, «Von Rechten, die keinen Richter haben – Der Notstand in Argumentationszusammenhang von Kants Rechtslehre», *FS-Jakobs*, 2007, pp. 189 ss. Es evidente que esta argumentación de KANT resulta compatible con la teoría del delito de FEUERBACH: si la función de la pena es coaccionar a la ciudadanía, allí donde la pena no pueda cumplir esa función no debe haber pena. Por ello, por los mismos fundamentos que se acaban de dar, tampoco una explicación à la FEUERBACH del estado de necesidad exculpante permite fundamentar los casos de exclusión de la exculpación.

<sup>13</sup> Esta afirmación habla en contra de la búsqueda de un “espacio libre de Derecho”, como el desarrollado por KORIATH («Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik», *JRE*, (11), 2003, pp. 317 ss.), en los casos de estado de necesidad. Empero, la pregunta general por tales ámbitos libres de Derecho excede los límites de este trabajo.

<sup>14</sup> Sobre el carácter aún dominante de esta teoría, ver FRISTER, *AT*, 2013, 6ª ed., § 20, nm. 3.

<sup>15</sup> Una síntesis de esta teoría puede encontrarse en ROXIN, *AT I*, 2006, 4ª ed., § 22, nm. 9. Para más referencias BERNSMANN, „Entschuldigung“ durch Notstand, 1989, p. 204 ss. Ambos autores asumen una posición crítica frente a esta teoría.

<sup>16</sup> La razón por la cual se describe a la teoría como “de la doble disminución de la culpabilidad” se relaciona con la afirmación de Armin KAUFMANN en el sentido de que a la culpabilidad en sentido amplio la integran todas las condiciones de la culpabilidad, entre ellas, y de ningún modo en último lugar, el injusto: “zur Schuld – im weiterem Sinne – [gehört] die Summe aller Schuldvoraussetzungen, darunter auch – und keineswegs an der letzte Stelle – das Unrecht!”. Cfr. Armin KAUFMANN, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, 1959, p. 156; ver también del mismo autor *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*, 1954, p. 180. Por cierto la existencia de un “valor de resultado” (entendida como la ventaja de que el salvamento acontezca efectivamente) puede ser criticada ya por los mismos motivos por los que se puede atacar que se le asigne un lugar al disvalor de resultado en el concepto del ilícito (sobre la demostración de la necesidad de fundar un concepto de ilícito libre del disvalor de resultado ver SANCINETTI, *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs*, 1995, *passim*; también, del mismo autor, *Teoría del delito y disvalor de acción*, 1991, *passim*). Más allá de ello, el



apelación a la constitución psíquica de la persona que se encuentra en una situación que amenaza a su vida o a su integridad corporal. Por ello, los problemas ya mencionados para fundamentar de este modo los supuestos de exclusión de la disculpa se presentan también en este planteo. Y el agregado del segundo componente tampoco suma nada para la explicación de una cláusula de esa clase: también quien tiene un deber de soportar el peligro intenta proteger a sus propios bienes jurídicos de su destrucción.<sup>17</sup>

Ahora bien, otras vías de fundamentación están en mejores condiciones de suministrar una fundamentación del estado de necesidad exculpante, compatible con la existencia de una regla de excepción que imponga deberes de soportar la situación de necesidad, y a continuación serán analizadas. Sin embargo, en estos intentos de interpretación subsisten problemas para solucionar los casos que son objeto de este artículo: los supuestos de colisión de competencias.

### **2.3. Los problemas de una fundamentación del estado de necesidad exculpante orientada a los fines de la pena**

Una postura como la de ROXIN<sup>18</sup>, que orienta la explicación de la exculpación por estado de necesidad en función de la teoría de la pena, pareciera inicialmente superar los problemas antes apuntados y explicar la existencia de una regla de excepción en caso de deberes de soportar la situación de necesidad. Así, al fundamentar la no aplicación de pena en casos de estado de necesidad exculpante en la ausencia de necesidades de prevención, se afirma que en los casos en los que existen deberes de soportar se está en presencia de supuestos en los que, por el contrario, sí hay necesidades de prevención.<sup>19</sup>

Sin entrar en una crítica integral a este sistema de fundamentación del estado de necesidad exculpante (que es, por cierto, tan problemática como la teoría de la pena a la que se remite: la llamada teoría dialéctica de la unión<sup>20</sup>), es suficiente descubrir sus dificultades para la aplicación de los casos que aquí son objeto de análisis. Indudablemente la teoría de ROXIN encuentra sus

---

salvamento de un bien del autor no disminuye el disvalor del sacrificio de un bien de la víctima, por lo que, al menos desde la perspectiva de ésta, se requerirían explicaciones adicionales que fundamenten la exculpación (sobre la ausencia de fuerza persuasiva de esta teoría desde la perspectiva de la víctima, PAWLIK, *JRE*, (11), 2003, p. 195).

<sup>17</sup> En contra de la afirmación de que esta teoría no permite explicar los casos del § 35, apdo. 1, frase 2, StGB se pronuncia ROGALL («§ 35», *SK*, 8ª ed., 2012, nm. 3). Este autor sostiene que la teoría de la doble disminución de la culpabilidad permite fundamentar la cláusula del § 35, apdo. 1, frase 2, StGB, en el sentido de que las personas en cuestión tienen un deber incrementado y que justamente se compensa la disminución del ilícito por medio de la lesión de este deber aumentado. Esta explicación no convence de ningún modo y sólo parece querer eludir la cuestión de que el componente psíquico de la teoría de la doble disminución de la culpabilidad no puede admitir excepciones. La fundamentación que brinda en el ámbito del ilícito parece ser, por lo demás, un mero argumento *ad hoc*.

<sup>18</sup> ROXIN, *AT I*, 2006, 4ª ed., § 22, nm. 6.

<sup>19</sup> ROXIN, *AT I*, 2006, 4ª ed., § 22, nm. 11.

<sup>20</sup> Tal teoría no puede dar cuenta de cómo se concilian los principios antinómicos que pretende aplicar de manera conjunta. Esto puede verse claramente por medio del siguiente ejemplo: en caso de prácticamente nulas necesidades de prevención general, pero para el cual la prevención especial reclamaría una pena elevada, puede ocurrir, conforme a los presupuestos de la teoría de la unión, que la magnitud de la pena no pueda superar los límites establecidos por el principio de culpabilidad. Pero si la pena ya no podría cumplir su función preventivo especial en absoluto (no podría “resocializarse en ese corto tiempo”), ¿entonces qué fundamento tendría la pena? ¿O es que hay que dejar de aplicarla? La solución no es clara en el sistema de ROXIN. Respecto de las críticas a la teoría de la unión por la contradicción de los principios que él (ROXIN) aplica, ver PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 51.

límites cuando debe resolverse un caso en el que tanto el autor como la víctima están obligados a tolerar el peligro. Según la concepción de ROXIN, un deber de la víctima de soportar la situación de necesidad sólo podría ser fundamentado de forma mediata, es decir, por medio de una apelación a los (supuestos) intereses preventivos de la sociedad. Sin embargo, la teoría de ROXIN no permite (al menos no sin construcciones *ad hoc* altamente forzadas) encontrar un parámetro según el cual se puedan correlacionar, de un modo racional y comprensible, los deberes de soportar de la víctima y del autor en estado de necesidad con los intereses de prevención de la sociedad. Los resultados a los que llegaría esta teoría en los casos relevantes dependerían, entonces, de lo que disponga la arbitrariedad. De esta forma, el problema dogmático más que superarse se perdería en una secuencia de afirmaciones empíricas, combinada luego con una fundamentación teórica aparente.

#### 2.4. El concepto normativo de culpabilidad y el problema de la colisión de competencias

La propuesta de JAKOBS para fundamentar el estado de necesidad exculpante se orienta, al igual que la postura analizada *supra* 2.3, al fin de la pena, pero además desempeña un rol fundamental en ella el concepto normativo de culpabilidad. Según este punto de vista, un autor estará exculpado cuando su reacción sea *adecuada* ante una determinada situación fáctica. Este sería siempre el caso si el autor en estado de necesidad no puede ser considerado responsable por la situación de necesidad. Los casos de estado de necesidad exculpante supondrían, para esta concepción, una presunción normativa de conflicto anímico que suprime la responsabilidad. Pero esta presunción cedería cuando el autor en estado de necesidad tiene un impedimento también normativo para acceder a bienes jurídicos de terceros. Ello es lo que ocurriría para JAKOBS en los casos de exclusión del estado de necesidad exculpante como los previstos en el § 35, apdo. 1, frase 2, StGB.<sup>21</sup>

Si bien una perspectiva normativa resulta ser el enfoque correcto, lo cierto es que no necesariamente el asumir una posición normativa respecto de la culpabilidad lleva a contar con una pauta para la solución del problema que es objeto de este trabajo. Por ejemplo, NEUMANN, quien considera que lo decisivo para la exculpación es la *valoración social* de la conducta llevada a cabo en estado de necesidad, y si ésta puede ser así entendida como *adecuada* (en relación con la situación),<sup>22</sup> al fundamentar los deberes soportar recurre al principio general según el cual no podría alegar la existencia de una situación de exculpación quien es responsable de esa situación (lo que considera también aplicable a quienes voluntariamente asumieron un cierto rol).<sup>23</sup> Este autor realiza una breve referencia a las relaciones jurídicas que no tienen un origen en la voluntad del sujeto (como el servicio militar obligatorio), en las cuales se encuentra un fundamento jurídico más débil, basado en las expectativas de la sociedad depositadas en quien cumple un cierto rol que

<sup>21</sup> JAKOBS, *AT*, 2ª ed., 1991, 20/4. Ver también JAKOBS, *System der Strafrechtlichen Zurechnung*, 2012, pp. 63 s.

<sup>22</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 35», *NK*, 4ª ed., t. I, 2013, nm. 6. En España VARONA comparte la idea de que en la exculpación el fundamento de la exención de pena radica en una valoración normativa de la conducta y no en que la persona se encuentre “fuera de sí” por el impacto psíquico producido por la situación. A su juicio, la cuestión normativa relevante radica en que el ordenamiento penal reconoce como legítima la perspectiva parcial del sujeto, es decir que éste le da mayor valor a los bienes a los que el propio autor se siente ligado (cfr. VARONA, *El miedo insuperable y la ética del Hormiguero*, 2010, esp. pp. 81 s.). Más allá de lo problemático que resulta esa consideración valorativa, lo cierto es que esa afirmación debería ser limitada en casos de deberes de soportar, y que en supuestos de concurrencias de deberes de soportar ya no se encontraría un modo de resolver la cuestión; ¿acaso renace siempre la consideración a la prevalencia del interés propio cuando ambos tienen un deber normativo de soportar el peligro?

<sup>23</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 35», *NK*, 4ª ed., t. I, 2013, nm. 33.

fue asumido de modo obligatorio.<sup>24</sup> Empero, esta perspectiva no permite decidir cómo deberían solucionarse (valorarse) los conflictos de deberes de soportar. Sólo permitiría quizá considerar más débiles aquellos deberes en los que no pueda encontrarse un acto voluntario previo del sujeto como fundamento del deber de soportar.<sup>25</sup>

Lo que sí está claro es que en el marco de una concepción normativa de la culpabilidad la problemática de la colisión de competencias comienza a tener la posibilidad de hacerse especialmente visible. Así, MÜSSIG, quien también parte del concepto normativo de culpabilidad,<sup>26</sup> advierte que puede concurrir una competencia de la víctima con una del autor en estado de necesidad en el caso de la causación del peligro, cuando ambos lo han causado.<sup>27</sup> Consecuentemente, él afirma que en tales casos la competencia de soportar el peligro del autor en estado de necesidad puede ser relativa, en el sentido de que dependería de la competencia de la víctima que también ha causado el peligro.<sup>28</sup>

Ahora bien, este primer esbozo de la relatividad de las competencias para soportar peligros en situaciones de necesidad tiene que poder generalizarse para, de ese modo, permitir obtener una

---

<sup>24</sup> Cfr. NEUMANN, «§ 35», NK, 4ª ed., t. I, 2013, nm. 33.

<sup>25</sup> Algo similar ocurre con posiciones normativas como las de María MARTÍN LORENZO. Dicha autora, siguiendo los principios de GÜNTHER, en el sentido de que existe un vínculo entre el concepto de culpabilidad y el modo en que se legitiman las normas penales cuya lesión se imputa (cfr. GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, 2005, p. 1), lo que requiere de una referencia a un Estado de Derecho democrático en el que el ciudadano se considera portador de derechos a la participación política en el proceso de formación de las normas como determinante de los problemas de la culpabilidad y su exclusión (GÜNTHER, *Schuld und Kommunikative Freiheit*, 2005, p. 245), fundamenta la exculpación en la existencia de razones de actuación *comprensibles* por ser intersubjetivamente aceptadas en el marco de un ordenamiento jurídico penal democrático (MARTÍN LORENZO, *La exculpación penal*, 2009, p. 309). Esto último es lo que tornaría como admisibles a tales razones como excusas (*op. cit.*, p. 325). Así, en los casos de exculpación, a su juicio, está implicado el concepto de *persona comunicativa*, entendiendo por esto la referencia a la competencia comunicativa del sujeto como ciudadano responsable en la producción de las normas y su cumplimiento. El preservar la propia estructura material que posibilite la participación social (*op. cit.*, p. 326), esto es, la propia autonomía entendida como capacidad de participación (*op. cit.*, p. 338), resulta en este sentido “comprensible”, y excusa un comportamiento contrario a la norma. La posición en cuestión tiene una mirada normativa, opuesta a una psicológica (*op. cit.*, p. 322). Ahora bien, al fundamentar los deberes de soportar, MARTÍN LORENZO refiere que el autor debe ser ajeno a la generación de la situación exculpante para que opere la excusa y señala que cuando el riesgo proviene del propio sujeto, éste tiene que “arreglárselas con él”, porque el riesgo para su capacidad de participación es fruto de su propia autonomía, le es imputable (en lo que incluye actuaciones dolosas e imprudentes, *op. cit.*, pp. 338 s.). Por otra parte, al explicar el fundamento de lo que el Código Penal español llama “obligación de sacrificarse” (posición jurídica en la que existe deber de tolerar), la autora también se remite a la autonomía del sujeto al asumir el rol. MARTÍN LORENZO recalca que aquí “el límite a la invocación de una situación exculpante se encuentra mucho más definido y acotado que en el supuesto de la genérica causación de la situación” (*idem*, p.339), en el sentido de que los riesgos a tolerar deben ser previsibles y estar definidos al momento de asumir. También en este esquema se da una dificultad para definir los casos de colisión. ¿Acaso siempre debe prevalecer la responsabilidad de quien causó frente a quién asumió una función en el pasado? ¿No puede ocurrir que el riesgo definido previamente para quien asume un rol incluya el deber de tolerar riesgos creados por otros? Este último problema será objeto de análisis en el texto.

<sup>26</sup> MÜSSIG, «§ 35», MK, 2ª ed., t. I, 2011, nm. 4 y 40.

<sup>27</sup> MÜSSIG, «§ 35», MK, 2ª ed., t. I, 2011, nm. 56.

<sup>28</sup> MÜSSIG, «§ 35», MK, 2ª ed., t. I, 2011, nm. 56, con referencias a la temática paralela en el ámbito de la imputación objetiva en nota 199. El ejemplo que da para graficar el tema es el de un caso del BGH del 14.3.1989, 1 StR 25/89, LG Tübingen (publicado en JZ, 1990, p. 763, con comentario de EUE), en el que quien había ocasionado un incendio en forma imprudente en un granero mata a la campesina que no lo deja pasar para apagar las llamas que tenía en su cuerpo, siendo que así debía hacerlo para salvar su vida. En ese caso MÜSSIG plantea la cuestión como una concurrencia de competencias en la causación del peligro en el autor y la víctima. Ver MÜSSIG, «§ 35», MK, 2ª ed., t. I, 2011, nm. 2.

respuesta útil a la pregunta aquí planteada. Esto se debe a que el espectro de casos que entran en consideración es más amplio que el de la causación concurrente de situaciones de peligro y esto puede verse ya con el ejemplo mencionado al comienzo de este texto, en el que el capitán de un buque se enfrenta en una situación de necesidad con quien causó el accidente.

Como se verá en el punto siguiente, esta generalización puede realizarse recurriendo a ciertos desarrollos recientes que PAWLIK ha aportado a la discusión.

## 2.5. La concepción de PAWLIK y su aplicabilidad a casos de colisión de competencias

PAWLIK ha formulado un modelo de explicación del estado de necesidad exculpante que, en los resultados, lleva a tratar este instituto como una causa de exclusión de la imputación (razón por la cual propone la denominación “estado de necesidad que excluye la imputación”). Esta concepción, por un lado, permite fundamentar adecuadamente la regla de excepción que excluya la exculpación en casos en los que el autor tenga un deber de soportar la situación de necesidad (como la de del § 35, apdo. 1, frase 2, StGB). Por otro lado, sus ideas básicas ponen a disposición un instrumental que puede ser utilizado para resolver satisfactoriamente los supuestos en los que concurren deberes de soportar el peligro tanto en el autor como en la víctima.<sup>29</sup> Esto último, adelante, se logra a partir de la idea de que la competencia para tolerar peligros en una situación de necesidad debe ser examinada tanto desde la perspectiva del autor en estado de necesidad, como desde la perspectiva de la víctima.

Para comprender el argumento que aquí se quiere exponer, es necesario primero explicar brevemente algunos lineamientos generales de la construcción de PAWLIK, que pueden encontrarse en su obra *Das Unrecht des Bürgers*.<sup>30</sup>

Debe indicarse que PAWLIK rechaza la existencia de una distinción fuerte entre ilícito y culpabilidad. Según su opinión, no existe ningún ilícito penalmente relevante que no sea culpable. Esto lleva de por sí a difuminar los límites entre el estado de necesidad justificante y exculpante.<sup>31</sup> Además, en el esquema de la teoría del delito desarrollado en *Das Unrecht des Bürgers*, PAWLIK plantea una teoría de la competencia (unificada para acción y omisión), mediante la cual distintos problemas que tradicionalmente se dividen entre las categorías de tipicidad y justificación en este contexto son tratados de manera unitaria.<sup>32</sup> La teoría de la competencia arroja como resultado la determinación de una norma de comportamiento.

---

<sup>29</sup> Esta nueva concepción permite renovar la utilización de la frase pronunciada en su momento por WELZEL en el sentido de que después de años de quietud, el problema del estado de necesidad (en lo que aquí interesa del estado de necesidad exculpante) se empieza a mover nuevamente (cfr. WELZEL, «Zum Notstandsproblem», *ZStW*, (63), 1951, p. 47).

<sup>30</sup> Un resumen de aspectos relevantes de esa obra puede verse en: LERMAN, «Recensión a Michael Pawlik, *Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*», *InDret*, (4), ExLibris, 2014, pp. 14-23.

<sup>31</sup> De hecho él sostiene: “el estado de necesidad que excluye la imputación no presenta ningún *aliud* respecto del estado de necesidad justificante, sino que más bien es lo mismo bajo la cubierta de una calificación hecha a medida de peligros agudos ciertos” (PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 361).

<sup>32</sup> En esto también es relevante la perspectiva bilateral, pues los problemas de justificación son reconducidos a casos en los que la víctima es competente. Así, por ejemplo, en casos de legítima defensa la víctima tiene la competencia de tolerar la acción de defensa, en virtud de su agresión. Por tanto, esto no representa ninguna violación de la competencia del agresor.

Ahora bien, PAWLIK parte de la premisa de que una norma de comportamiento no puede indicar las condiciones bajo las cuales resulta violada, lo cual debe efectuarse considerando ciertas reglas de imputación. Así, una conducta contraria a las normas de comportamiento derivadas de la teoría de la competencia será imputable a una persona en caso de que ésta incumpla tales normas a pesar de haber podido cumplirlas si aplicaba el esfuerzo que la comunidad jurídica esperaba de ella. En el sistema de PAWLIK ese esfuerzo se caracteriza como “carga” (*Obliegenheit*). De lo que se trata es de determinar si el autor cumplió con las cargas que pesan sobre él de reconocer que su conducta no se ajustaba a la norma y, en caso de reconocerlo, de motivarse para ajustar su conducta a esas normas. Si esas cargas son cumplidas conforme con las expectativas de la generalidad, entonces la conducta no será imputable. Para este autor existe, entonces, una carga de conocer qué conducta se ajusta a Derecho en una cierta situación y, además, una carga de auto-motivarse y ajustar el comportamiento.<sup>33</sup>

El cumplimiento de esta última carga puede resultar particularmente complejo en función de una situación de hecho dada. El estado de necesidad exculpante, así como el exceso en la legítima defensa, son para este autor casos problemáticos en ese sentido (dado que se hace más pesada la carga de auto-motivación en función de la situación de hecho). Para PAWLIK estos supuestos deberían ser encarados no sólo desde el punto de vista del autor, sino también desde la perspectiva de la víctima, con respecto a su posible co-responsabilidad. De esa manera, el alcance de la carga de auto-motivarse depende tanto de la competencia del autor, como de la competencia de la víctima.

En el caso del exceso en la legítima defensa, la responsabilidad de quien realiza la agresión ilegítima (y termina luego siendo víctima) es la razón por la que resulta más dificultoso para el autor cumplir la carga de ajustar su conducta a derecho. Según PAWLIK, esto justifica que en estos casos se prescinda de la pena.<sup>34</sup> En cambio, en los casos en los que se encuentra expresamente excluida la posibilidad de una exculpación (como en los regulados en el § 35, apdo. 1, frase 2, StGB),<sup>35</sup> tener que soportar el peligro es, desde un principio, parte integrante de la competencia del autor en estado de necesidad. Es por ello que no se da un supuesto en el que ceda la carga de auto-motivarse por cumplir el Derecho. Por último, respecto de la exclusión de pena en los casos corrientes de necesidad exculpante (§ 35, apdo. 1, frase 1, StGB), lo que se advierte es que la situación de necesidad en principio no parece poder derivarse de ninguna competencia de los implicados.<sup>36</sup>

---

<sup>33</sup> PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 345.

<sup>34</sup> Sólo en el caso del llamado exceso intensivo, PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 359.

<sup>35</sup> Esto es, en los casos en los que por haberse causado el peligro o por una determinada relación jurídica se tiene el deber de soportar el peligro.

<sup>36</sup> Lo que busca PAWLIK, en consecuencia, es un motivo dogmático por el cual se pueda afirmar una suerte de co-competencia del lesionado que justifique una no aplicación de pena al autor. PAWLIK reconoce este motivo en la posibilidad (considerada en abstracto) que ha tenido de actuar en estado de necesidad exculpante sin pena (ver *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, p. 362). Recientemente PAWLIK explicó los tres institutos indicados en el texto del siguiente modo: “El punto de partida ha de ser, como se vio, un análisis de las competencias. Depende de si el control de la situación de peligro cae en el ámbito de competencias *del autor* o si la situación de peligro se retrotrae al *destinatario de la intervención* o si no puede responsabilizarse de ella a *ninguno de los intervinientes*. En el primer caso, no procede una descarga del autor; ello es lo que sucede allí donde —según el tenor del § 35, apdo. 1, inc. 2 StGB— el peligro que le amenaza ha sido causado por él mismo. Otra cosa sucede en el segundo y tercer grupo de supuestos. Allí se da una co-competencia del lesionado: en un caso bajo el prisma de la auto-puesta en peligro —exceso en la legítima

El desarrollo esencial de PAWLIK para analizar los casos de competencias recíprocas reside, como ya se señaló, en el enfoque bilateral de las competencias del autor y la víctima respecto de la situación de necesidad en un caso concreto. Esta forma de proceder resulta correcta y altamente fructífera para analizar los casos que aquí nos ocupan. De alguna manera estos casos completan el grupo de supuestos que entran en consideración en un esquema que tenga en cuenta la relación bilateral. Pues de lo que se trata aquí es de ver qué sucede cuando *inicialmente tanto el autor como la víctima tendrían una competencia respecto del peligro* (de aquellas que en el Derecho positivo alemán están reguladas en el § 35, apdo. 1, frase 2, StGB).<sup>37</sup> Esa es la tarea que será encarada en el siguiente apartado. La cuestión será presentada inicialmente mediante la exposición de ejemplos básicos y, tras proponerse una solución para ellos, se plantearán problemas adicionales.

### ***3. El problema de la colisión de competencias con vistas al deber de soportar peligros en casos de estado de necesidad exculpante***

#### **3.1. Colisión de competencias fundamentadas en la misma circunstancia fáctica**

##### a) Casos relevantes

La cuestión central a definir en este trabajo puede plantearse entonces mediante la pregunta de si debe imponerse una pena en los supuestos en los que tanto el autor como la víctima son competentes para soportar el peligro. El primer grupo de supuestos que entra en consideración es aquel en que el autor y la víctima tienen que soportar el peligro por idéntico motivo y la intensidad de la amenaza es equivalente. Para la exposición, dos variantes del clásico ejemplo de la tabla de Carneades<sup>38</sup> serán utilizadas como casos-base:

El naufrago A empuja al naufrago B de la tabla (que sólo soportaba a una persona),<sup>39</sup> hundiéndolo de ese modo en el mar para salvar su propia vida.<sup>40</sup> Partiendo de esta base, se considerará que:

---

defensa —; en el otro caso bajo la idea de descargar a inocentes de riesgos fundamentales para la existencia — estado de necesidad excluyente de la imputación (exculpante) —” (PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho Penal*, 2016, pp. 137 s., trad. Robles Planas *et al.*).

<sup>37</sup> En el marco del estado de necesidad justificante, PAWLIK se ocupó de supuestos en los cuales ambos eran responsables por la situación de necesidad (ver *Der rechtfertigende Notstand*, 2002, pp. 318 ss.).

<sup>38</sup> Cómo ha sido la estructura exacta del caso original de la tabla de Carneades no es algo sencillo de definir sin un trabajo específico sobre las fuentes. CICERÓN plantea el caso desde el inicio con variantes vinculadas a quiénes eran las personas que se encontraban en el naufragio (por ejemplo, si quien actuaba en estado de necesidad era un sabio, o si era el dueño de la nave), ver CICERÓN, *Tratado de los deberes* (44 a. C.), edición preparada por José Santa Cruz Teijeiro, 1975, § 23 (pp. 193-194). Muy esclarecedor en este sentido es el artículo de AICHELE, «Was ist und wozu taugt das Brett des Karneades? Wesen und ursprünglicher Zweck des Paradigmas der euroäischen Notrechtslehre», *JRE*, (11), 2003, pp. 245-268; ver especialmente pp. 247 ss., en las que se analiza la plausibilidad de considerar que el ejemplo proviene de Carneades y se comentan las variantes explicitadas en las fuentes. Lo relevante aquí no es, de todos modos, la reconstrucción del caso original, sino la formulación de variantes específicas que permitan comprender los detalles relevantes en supuestos-límite de concurrencias de competencias que hacen a la exclusión de la exculpación.

<sup>39</sup> En los ejemplos se considerará que la víctima, en el momento en el que interviene el autor, ya tenía en su poder la tabla. Si el hecho de que ambos estuvieran ya sobre la tabla cambiaría en algo el enfoque no es un problema que será tratado en este texto.

<sup>40</sup> En todos los ejemplos que se mencionan a continuación debe entenderse que todos los actores reconocen la situación de hecho en todos sus detalles, incluida la identidad de la víctima (no hay problemas de error de ninguna

1.) *A* y *B* tienen el deber de soportar el peligro en virtud de una misma relación jurídica: *A* y *B* son, ambos, oficiales del buque que naufragó.

2.) *A* y *B* generaron juntos la situación de necesidad: *A* y *B* iniciaron un incendio en el buque de forma dolosa.

b) El primer caso

Según la opinión que aquí se sostendrá, el primer caso deberá ser tratado como si ninguno de los actores tuviese el deber de tolerar el peligro. Esto no toma en consideración una semejanza con las reglas de la multiplicación, como si uno quisiera decir que dos factores negativos dan un resultado positivo. Por el contrario, se trata de una consecuencia directa de analizar la situación de necesidad desde una perspectiva bilateral. Si el soportar el peligro es competencia de ambos, por idéntico fundamento, entonces ninguno tiene una preferencia jurídica respecto del otro. Ellos deben ser tratados, entonces, como si se estuviese en presencia de dos ciudadanos cualesquiera.

En sentido estricto, en estos casos no existe una colisión de competencias. El deber de soportar un peligro es siempre *relativo*, esto es, debe ser entendido en relación con la posición jurídica frente a los otros que intervienen en el conflicto. Un oficial de buque tiene el deber de afrontar los riesgos de un naufragio frente a los pasajeros de su buque, pero no lo tiene *prima facie* frente a otro oficial del mismo buque, ni frente a ninguna persona que tenga igualmente el deber de soportar el peligro por los mismos fundamentos.

Utilizando la terminología de PAWLIK, podría decirse que la carga de auto-motivarse se deriva de la competencia del sujeto y esa competencia se define siempre de manera bilateral, esto es, analizando también las competencias de la víctima en el caso concreto. Según el criterio aquí defendido, en un caso como el que se está analizando debe llegarse indefectiblemente a la siguiente conclusión: si dos personas, consideradas en abstracto, tienen la carga incrementada de auto-motivarse para ajustar su conducta a la norma, entonces un análisis de la situación en concreto que tenga en cuenta la relación bilateral entre autor y víctima sólo puede dar lugar a que ninguno de los dos tiene tal carga incrementada (al menos ello rige en la medida en que las competencias de ambos incrementen sus cargas de auto-motivación por idéntico motivo).

c) El segundo caso

En razón de la toma de postura respecto de una perspectiva bilateral, en el segundo caso se llega al mismo resultado. Esto se debe a que se trata de dos personas a las que les es impuesto el deber de tolerar la situación de peligro por una misma circunstancia. Dicho de otro modo: quien causa de un modo que le es reprochable la situación de necesidad, en principio renuncia con ello solamente a la posibilidad de neutralizar el peligro generado recurriendo a bienes jurídicos de personas que no poseían una competencia de peligros específica. Empero, se encuentra en igualdad

---

clase). Además, se parte aquí inicialmente de la base de que el bien jurídico en riesgo para el autor y el afectado para la víctima es el mismo (vida) y que el riesgo que se ciernen sobre éste es de la misma magnitud para el autor antes de su intervención que para la víctima después de aquélla.

de condiciones frente a quien ha causado el peligro por medio de un acto idéntico. Por tanto, no debe excluirse la exculpación en este caso.

### 3.2. Colisión de competencias fundadas en diferentes circunstancias

Si los dos deberes de soportar peligros del autor y la víctima surgen cada uno por un fundamento diferente, pareciera que estamos ante un problema mucho más complejo, pues para definir su solución, al menos a primera vista, es necesario decidir si hay deberes que pesan más que otros. A modo de ejemplo, podemos remitirnos al ejemplo dado al comienzo de esta contribución: la víctima era el pasajero que había causado el accidente del buque (esto es, una persona responsable por la situación de peligro), y el autor era el capitán del buque. La pregunta entonces sería si entra en consideración una exclusión de la exculpación respecto del capitán.

A primera vista todo parecería indicar que esta pregunta debería responderse de modo afirmativo, esto es, que el capitán tiene la posibilidad de valerse de una exculpación. ¿Acaso podría sostenerse que el capitán de un buque tiene el deber de soportar la situación de peligro también respecto de quien intencionalmente la creó? ¿O más bien la cualidad de ser capitán sólo incluiría el deber de tolerar peligros frente a pasajeros que se comporten correctamente y que sean amenazados por un peligro externo? Por tanto, el capitán se liberaría de su deber de soportar peligros frente al pasajero que causa el peligro y en razón de su comportamiento.

Esta última respuesta es, en principio, satisfactoria, pero no necesariamente será aplicable a todo contexto, pues puede ser que la índole del deber de una persona que fundamenta una competencia de soportar peligros de cierta clase también se extienda frente quien es responsable por tales peligros. Un ejemplo podría encontrarse en el capitán de un buque de enseñanza de navegación para principiantes. Así, el capitán se podría confrontar con un caso en el que tuviese que afrontar el peligro, dado que uno de sus alumnos imprudentemente subestimó un riesgo sobre el que había sido informado la clase anterior y, en consecuencia, causó la situación de necesidad. En vistas a la competencia de un capitán de esta clase debe tenerse en cuenta que los principiantes son propensos a cometer errores de un modo natural.

El punto a definir no debe verse, entonces, en términos de si una competencia tiene mayor peso que la otra. Las diferentes circunstancias que dan origen a las competencias tendrían que analizarse en el caso concreto teniendo en cuenta la cuestión de si la competencia del autor en estado de necesidad incluye también la tolerancia de peligros frente a personas responsables por dicho peligro y que, por su parte, están obligadas a tolerar peligros frente a terceros. Si estuviéramos ante una competencia de esa clase, entonces debería excluirse la exculpación.

No se trata aquí de una cuestión cuantitativa (¿qué competencia pesa más?), sino de una comparación cualitativa: si se trata de una competencia de soportar riesgos generados por otras personas, se excluye la posibilidad de exculpación al autor que actuó en estado de necesidad incluso cuando la víctima ha causado la situación de peligro.

Lo recién dicho debería guiar la solución del caso inverso, esto es, el supuesto en el que quien ha causado la situación de necesidad le quita el medio de salvamento a alguien que tiene un deber de



soportar peligros en virtud de una relación jurídica especial. La exclusión de la exculpación sólo quedaría suprimida si la víctima era competente para tolerar peligros que fueron causados responsablemente por un tercero. En el ejemplo básico eso significa que el pasajero que puede ser responsabilizado por la generación del accidente sería susceptible de ser penado si, para salvarse, matase al capitán del buque aferrado a la tabla. Sin embargo, esto no regiría si quien estuviese aferrado a la tabla fuese el capitán de un buque de principiantes, competente para soportar peligros generados por la imprudencia de sus alumnos en sus primeras lecciones.

#### ***4. El problema de los riesgos de distinta intensidad***

Todos los casos anteriores suponen que la medida de los riesgos es la misma tanto para el autor en estado de necesidad como para la víctima. En estos casos, la víctima, después de la acción de salvamento del autor en estado de necesidad, queda sometida a un riesgo para su vida idéntico al que pesaba sobre el autor antes de su actuación. Esta suposición permitió evaluar la relevancia de las competencias a igualdad de todas las otras condiciones. Ahora corresponde preguntarse qué ocurriría si el riesgo para la vida de los obligados a soportar el peligro fuese de distinta intensidad.<sup>41</sup>

Antes que nada debe aclararse que esta cuestión afecta a *todos* los casos de estado de necesidad exculpante, es decir, también a aquellos en los que no concurren deberes de soportar peligros. Supóngase que en el caso de la tabla de Carneades, el autor en estado de necesidad y la víctima tienen distintas capacidades de nado, de modo que sin la tabla la víctima se encontraría expuesta a un peligro de gran magnitud para su vida, mientras que el autor en estado de necesidad sólo se vería afectado por un riesgo bajo. Cabe preguntarse, entonces, si debería ser tomada en cuenta esta diferencia de grados en el peligro y si podría decaer la exculpación en caso de que el riesgo para el autor en estado de necesidad fuese mínimo o banal. Empero, este problema genérico no resulta objeto de este trabajo. En los casos que aquí interesan, debe pensarse en el caso en que esa diferencia de riesgos se presentase en un supuesto en el que ambos intervinientes fueran competentes para soportar un riesgo, y que las particularidades de la competencia del autor den lugar a que él deba soportar el peligro (a pesar de que la víctima también tenga cierta característica que haga que deba soportar la situación de necesidad). Por ejemplo: el capitán del buque de principiantes le arrebató la tabla a un aprendiz que causó imprudentemente la situación de necesidad. Sin embargo, este último, al ser un nadador olímpico, está sometido a un riesgo mucho más bajo de ahogamiento que el capitán, quien solamente tiene un nivel estándar de natación.

Para resolver esta constelación de problemas, por cierto muy compleja, pueden proponerse aquí los siguientes lineamientos: en primer lugar, debe advertirse que la pregunta por la competencia

---

<sup>41</sup> Por supuesto que para definir la totalidad de casos relevantes no sólo habría que considerar la cuestión del riesgo de afectación del bien jurídico, sino también cuál es el bien jurídico afectado y la posible intensidad de afectación. En casos de estado de necesidad exculpante, sería primero relevante, entonces, si estamos ante una afectación a la vida o integridad corporal o libertad (y en los últimos dos bienes jurídicos mencionados cuál resultaría ser la intensidad de la afectación). Pero aquí no se entrará en esta cuestión, que por cierto es compleja y merece un estudio pormenorizado, sino que se restringirá el análisis al bien jurídico vida, que por no admitir lesiones de diferentes grados de intensidad, sólo genera problemas respecto a la magnitud de los riesgos. Por cierto, los lineamientos que se darán en el texto principal resultarían en parte de utilidad para emprender un análisis que se refiera a otros bienes jurídicos que admitan intensidades de afectación o lesión.

para soportar un riesgo debe abordarse antes que aquella por la ponderación de riesgos. Y, en segundo lugar, debe afirmarse que las competencias sólo podrían ser modificadas como consecuencia de una diferencia *esencial* en los peligros para el autor en estado de necesidad y para la víctima. Un ordenamiento jurídico racional no podría imponerle a una persona obligada a soportar el peligro exigencias tan altas como las que se presentan en los casos aquí tratados de exclusión del estado de necesidad exculpante, de no existir, como contrapartida de la imposición, un riesgo verdaderamente relevante para el destinatario de la intervención.

Esto significa que si, por ejemplo, un funcionario tuviera un deber de tolerar un riesgo cierto de morir como consecuencia de su cargo en una cierta situación relativa a sus funciones, y el riesgo en la situación dada es de esa magnitud, entonces se excluirá a su respecto la posibilidad de una exculpación, con independencia de que el riesgo al que podía someter a la víctima para salvarse fuera menor. Y en relación con el ejemplo dado previamente, debe decirse que si el capitán de un buque de principiantes está obligado a soportar riesgos para su vida que han sido causados por su aprendiz es, en principio, irrelevante que ese riesgo fuese de menor entidad para su aprendiz si el capitán lo empuja de la tabla. En ese caso, entonces, no entraría en consideración una exclusión de la imputación.

Debe hacerse, sin embargo, una excepción para los casos en los cuales el riesgo a los que sería sometida la víctima por medio de la acción de salvamento fuese *esencialmente* más bajo que el riesgo para el autor en estado de necesidad. Una competencia del autor en estado de necesidad de soportar grandes riesgos para su vida sólo para proteger a la víctima de riesgos insignificantes no sería razonable. Serían desproporcionadas tales competencias de tener que hacerse cargo de riesgos mínimos desde la perspectiva de la víctima.

## 5. Conclusiones

Los resultados de este trabajo pueden ser resumidos de la siguiente forma:

- 1) La pregunta sobre la exclusión de la exculpación debe ser evaluada con un enfoque bilateral, que tenga en consideración las competencias para soportar la situación de peligro tanto del autor como de la víctima.
- 2) En caso de que la competencia para soportar peligros del autor y la víctima sea idéntica, y a igualdad de todas las demás condiciones, no debe ser excluida la exculpación: se está ante un estado de necesidad excluyente de la imputación, que debe ser tratado como si ninguna de las dos personas tuviese una competencia.
- 3) En caso de competencias concurrentes, pero no idénticas, corresponde realizar las siguientes consideraciones:
  - a) Si a la víctima de la acción de salvamento le es imputable la causación del peligro, no corresponderá excluir la exculpación del autor que *prima facie* tuviera que tolerar peligros

debido a una especial relación jurídica, salvo en caso de que su competencia incluyera la de soportar peligros generados de modo responsable.

b) Si el autor en estado de necesidad es responsable por la causación de la situación de peligro, en principio, se excluirá su exculpación (dentro de los límites de su deber), con independencia de que la víctima tuviese alguna genérica competencia para soportar peligros. Ello no rige en caso de que ésta última tuviera competencia específica para soportar peligros generados del modo en que lo hizo el autor.

4) En caso de que una persona sea competente según las reglas anteriores para soportar un peligro frente a otro, entonces en principio debe soportar el peligro a pesar de que el riesgo al que quedaría sometido el otro individuo en caso de que el primero realice la acción de salvamento sea menor. Salvo en casos en los que el riesgo para la víctima sea *esencialmente* menor.

Es evidente que con ello no se soluciona la totalidad de los casos de colisión de competencias para soportar peligros derivados de situaciones de necesidad que se puedan imaginar. Ya en el ámbito de la responsabilidad por la causación del peligro por parte del autor y la víctima son numerosas las constelaciones de casos. Así, pueden pensarse casos, por ejemplo, en los cuales dos personas, actuando de modo independiente, hayan causado la situación de necesidad por medio de conductas reprochables (de distinta clase). Pero el análisis aquí realizado no pretende agotar el tema, sino simplemente poner de relieve ideas básicas que permitan dar lugar a resultados sistemáticamente asegurados, en otras situaciones que aquí no fueron tratadas.

## 6. Bibliografía

AICHELE (2003), «Was ist und wozu taugt das Brett des Karneades? Wesen und ursprünglicher Zweck des Paradigmas der euroäischen Notrechtslehre», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), pp. 245 ss.

BACIGALUPO (1999), *Derecho Penal, Parte General*, 2ª ed., Hammurabi, Buenos Aires.

BERNSMANN (1989), „*Entschuldigung*“ durch Notstand, Heymanns, Colonia (entre otras).

CICERÓN (1975), *Tratado de los deberes* (44 a. C.), edición preparada por José Santa Cruz Teijeiro, Editora nacional, Madrid.

ENGLÄNDER (2013), «§ 35», en MATT/RENIKOWSKI (eds.), *Strafgesetzbuch: Kommentar*, Franz Vahlen, Múnich.

FRISTER (2013), *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6ª ed., C. H. Beck, Múnich.

GÜNTHER (2005), *Schuld und kommunikative Freiheit*, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno.

HRUSCHKA (2007), «Von Rechten, die keinen Richter haben – Der Notstand in Argumentationszusammenhang von Kants Rechtslehre », en PAWLIK *et al.* (eds.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Carl Heymanns, Colonia (entre otras), pp. 189 ss.

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

————— (1991), *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2ª ed., Walter de Gruyter, Berlín/Nueva York.

KANT (1990), *Die Metaphysik der Sitten. Anhang zur Einleitung in der Rechtslehre (1797)*, t. II, Harald Fischer Verlag, Erlangen.

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

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

KORIATH (2003), «Über rechtsfreie Räume in der Strafrechtsdogmatik», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), pp. 317 ss.

KÜPER (1999), *Immanuel Kant und das Brett des Carneades: das zweideutige Notrecht in Kants Rechtslehre*, C. F. Müller, Heidelberg.

LERMAN (2014), «Recensión a Michael Pawlik, Das Unrecht des Bürgers. Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre», *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, (4), ExLibris, pp. 14 ss.

LUGERT (1991), *Zu den erhöht Gefahrtragungspflichtigen im differenzierten Notstand*, Duncker & Humblot, Berlín.

MARTÍN LORENZO (2009), *La exculpación penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

MIR PUIG (2016), *Derecho Penal, parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona.

MÜSSIG (2011), «§ 35», en JOECKS/MIEBACH (eds.), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 2ª ed., t. I, C. H. Beck, Múnich.

NEUMANN (2013), «§ 35», en KINDHÄUSER/NEUMANN/PAEFFGEN (eds.), *Nomos Kommentar zum StGB*, 4ª ed., t. I, Nomos, Baden Baden.

PAWLIK (2016), *Ciudadanía y Derecho penal. Fundamentos de la teoría de la pena y del delito en un Estado de libertades* (trad. Robles Planas *et al.*), Atelier, Barcelona.

————— (2014), «Vom Nutzen der Philosophie für die Allgemeine Verbrechenslehre», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, pp. 369 ss.

————— (2012), *Das Unrecht des Bürgers – Grundlinien der Allgemeinen Verbrechenslehre*, Mohr Siebeck, Tubinga.

————— (2003), «Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), pp. 287 ss.

————— (2002), *Der rechtfertigende Notstand: Zugleich ein Beitrag zum Problem strafrechtlicher Solidaritätspflichten*, Walter de Gruyter, Berlin.

PERRON (2014), «§ 35», en ESER (ed.), *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar*, 29<sup>a</sup> ed., C. H. Beck, München.

RENZIKOWSKI (2003), «Entschuldigung im Notstand», *Jahrbuch für Recht und Ethik*, (11), pp. 269 ss.

ROGALL (2012), «§ 35», en WOLTER (ed.) *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 8<sup>a</sup> ed., Carl Heymanns, München.

ROXIN (2006), *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4<sup>a</sup> ed., C. F. Müller, München.

SANCINETTI (1995), *Subjektive Unrechtsbegründung und Rücktritt vom Versuch, Zugleich eine Untersuchung der Unrechtslehre von Günther Jakobs* (versión alemana de Manuel CANCIO MELIÁ *et al.*), Carl Heymanns, Colonia (entre otras).

————— (1991), «Teoría del delito y disvalor de acción», Hammurabi, Buenos Aires.

VARONA (2010), «El miedo insuperable y la “ética del hormiguero”: reflexiones sobre el papel de las eximentes fundadas en la inexigibilidad de otra conducta», *Revista de estudios de la justicia*, (12), pp. 61 ss.

WELZEL (1951), «Zum Notstandsproblem», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (63), pp. 47 ss.